

## ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DE LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE DAÑOS

IGNACIO ANZOÁTEGUI

### I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el derecho de daños plantea una enorme cantidad de problemas relacionados con el avance tecnológico, la protección del medio ambiente y del consumidor, por nombrar sólo algunos. La aparición de estos nuevos fenómenos provocó un cambio de paradigma en esta disciplina, el cual podríamos sostener que se produjo con la sanción de la ley 17.711, momento a partir del cual suele decirse que el derecho de daños se reinterpreto o reformuló para dar solución a la nueva realidad posrevolución industrial que nos acompaña.

Esto se ha producido, principalmente, a través de cierto cambio de concepción del sistema de reparación de daños, lo cual se llevó a cabo considerando como elemento trascendental del sistema no ya la culpabilidad, sino el acaecimiento de un daño injusto, y el deber de repararlo.

De forma que, actualmente, se entiende que el resarcimiento de los daños encuentra su norte y su límite justamente en el daño causado y en la posibilidad de repararlo, en especie o por medio de una indemnización sustitutiva; siendo entonces lo trascendente del derecho de daños su función reparadora de los perjuicios sufridos, a través del mecanismo de la indemnización, que debería ser en principio del mismo tipo o cuantía que el daño causado, el cual posibilita al sujeto dañado quedar en la misma situación en la que se encontraba antes de ocurrido el daño.

Así, suele entenderse que este nuevo fenómeno hace que nuestro derecho de daños tenga una orientación plenamente resarcitoria, siendo ésta la función casi excluyente que se le atribuye.

La intención de este trabajo es justamente formular dos posibles objeciones a las ideas anteriormente comentadas. La primera se centra en que no resulta correcto a mi entender sostener sin reparos que la orientación de nuestro derecho de daños sea clara y exclusivamente resarcitoria; con exclusión de la “función sancionatoria”, la cual fue sostenida hace cierto tiempo por numerosos y prestigiosos dogmáticos, sobre todo antes de la sanción de la ley 17.711.

La segunda tiene que ver con que tampoco parece acertado sostener que, por un lado, el derecho de daños, como sistema normativo, logra en los hechos sólo el objetivo de reparar el daño causado, y que, además, es loable que así sea. En este aspecto, intentaré un análisis de tipo descriptivo para verificar si a partir del establecimiento de la obligación de reparar no se derivan otros resultados que también tengan que ver con el ordenamiento de las conductas humanas.

Y por el otro, tampoco sería acertado, desde la política legislativa, entender el derecho de daños como una herramienta que persigue sólo objetivos de reparación de daños, sin considerar que puede —y, a mi entender, debe— perseguir objetivos muy distintos de éste. En este aspecto, se intentará analizar lo que considero que el derecho de daños debería tener como objetivos primordiales, y hacer algunas consideraciones básicas a partir de las cuales éstos deberían ser buscados.

## II. EL CAMBIO DE CONCEPCIÓN. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ Y EL DERECHO DE DAÑOS EN LA ACTUALIDAD

No es casual que nuestra doctrina haya comenzado a acuñar la expresión “derecho de daños” para designar al sistema de responsabilidad civil. Esto no es más que el reflejo del cambio de paradigma que ha sufrido la disciplina, que comenzara a vislumbrarse incluso con anterioridad a la reforma de la ley 17.711.

La denominación antes acuñada, “responsabilidad civil”, denotaba una orientación punitiva, sobre la cual estaba indudablemente basado el sistema reparatorio del Código Civil, ideado por Vélez Sarsfield a mediados del siglo XIX.

Analizando el concepto “responsabilidad”, Alterini nos decía que, “en sentido estricto, se dice responsable a quien, por no haber cumplido, se le reclama una indemnización. Esta acepción que comúnmente se le da al concepto, en cuanto se asigna el deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado ‘por’ el incumplimiento”, y a continuación, señala que, tomando en cuenta este concepto, “la responsabilidad tiene alcances de sanción, desde que se entiende por tal la consecuencia de índole jurídica que corresponde a la infracción de un deber; tal consecuencia significa un disvalor para quien es pasible de ella”, y así, “(e)n tal alcance la responsabilidad enlaza el deber de reparar frente a otro sujeto”<sup>1</sup>.

En tal sistema, la atribución jurídica del daño al agente dañador, esto es, “la responsabilidad”, más allá de la reparación que con ello se lograba, tenía por principal objetivo hacerle asumir las consecuencias de sus actos como un acto estatal de reproche, por lo cual ese reproche era sólo justificado por el sistema cuando el agente, además de ser pasible de *imputación moral*<sup>2</sup> del hecho daño-

<sup>1</sup> ALTERINI, A. A. - AMEAL, O. J. - LÓPEZ CABANA, R. M., *Curso de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.

<sup>2</sup> La imputación moral, conceptualmente, implica que un hecho puede ser imputable en términos

so, había obrado con intención de dañar (dolo civil extracontractual), había incurrido en un incumplimiento de contrato en forma deliberada (dolo civil contractual) o cuando había obrado negligentemente según conforme a los estándares de conducta que le eran exigibles, según las circunstancias de tiempo y de lugar, y de acuerdo con sus condiciones personales, derivando ese obrar culposamente en un daño extracontractual o en el incumplimiento de un contrato. De esta forma, se entendía que la base fundamental de la teoría de la responsabilidad era “la aptitud de imputación del sujeto”<sup>3</sup>.

La reparación del daño causado parecía ser algo secundario o consecuente al reproche<sup>4</sup>, de allí que dicho daño sólo era reparable cuando la conducta que lo provocaba era susceptible de ser sancionada por su carácter disvalioso; esto es, cuando había mediado culpa o dolo en el agente, además de la exigencia de voluntariedad de sus actos.

En otras palabras: “El Código Civil de Vélez Sarsfield enfoca (*o enfocaba*) la responsabilidad en vistas a la sanción más que a la reparación, porque la conducta del agente determinaba el nacimiento de la indemnización: sólo era responsable el autor cuando él era culpable”<sup>5</sup>.

Indudablemente, este concepto de responsabilidad poseía una gran connotación de tipo moral, puesto que sólo se justificaba la sanción-reparación en el disvalor de la acción y no en el disvalor del resultado; y justamente allí podemos hallar la explicación del antiguo principio según el cual “no hay responsabilidad sin culpa”.

---

de causalidad fáctica a un sujeto (de lo cual se sigue que la relación causal se determina desde la función causa-efecto entre los hechos) y que además el acto inicial que ha dado comienzo a la cadena causal ha sido llevado a cabo “voluntariamente”. Es un concepto que he tomado de Llambías (LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999), con el único objetivo de sistematizar el esquema de la responsabilidad civil sostenido antes de la sanción de la ley 17.711, en particular porque pone de resalto dos conceptos que eran sólidamente sostenidos en ese entonces: la necesidad de que la conducta dañosa fuera consciente o voluntaria, y que la causalidad es un criterio que conecta “causalmente” a los hechos. En la actualidad, además de comenzar a prescindirse de dicha voluntariedad en el inicio de la cadena causal, suele sostenerse que la causalidad es un determinado criterio —más bien intelectual que natural— para imputar un hecho a un sujeto, que puede no pasar por la atribución de éste recurriendo a criterios de causa-efecto. Pese a ello, y en lo sustancial, creo que el derecho de daños actual sigue considerando una causalidad fáctica de los hechos (por lo menos en el sentido de que atribuye hechos y no responsabilidad sobre ellos), aunque la atribución causal dependa de la aplicación de una norma en particular, en nuestro caso los arts. 901 a 906, CCiv.

<sup>3</sup> LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, cit.

<sup>4</sup> Al respecto, también se ha dicho: “Los fundamentos remotos de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal son comunes, la reparación estaba teñida de venganza por parte de la víctima y de punición respecto del culpable” (LAMBERT-FAIVRE, Y., “La evolución de la responsabilidad civil. De una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, Paris, I. 1, 1987; *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999).

<sup>5</sup> ALTERINI, J. H. y otros, *Derecho de daños*, Colección, La Rocca, Buenos Aires, 2000, p. 38. La aclaración me pertenece.

Este sistema tenía su razón de ser, que puede ser entendida a través de breve análisis histórico, el cual nos lleva indudablemente a situarnos en la revolución industrial <sup>6</sup> y a valorar los alcances del impacto que provocó.

La “primera” revolución industrial, surgida en Inglaterra en la segunda mitad del siglo XVIII, había provocado, a nivel tecnológico, el surgimiento del maquinismo, que posibilitó la mecanización de la industria; ello en virtud de tres factores: el surgimiento y la aplicación de un nuevo tipo de energía —el carbón—, el uso de nuevos materiales como el acero y el hierro, y el surgimiento de nuevas fuerzas motrices, como la máquina de vapor.

Asimismo, la segunda revolución industrial, cuyo comienzo los historiadores suelen precisar en 1850 aproximadamente, añadió dos nuevos tipos de energías disponibles: el petróleo y la electricidad, al mismo tiempo que se diseñaron mecanismos como los transformadores y los alternadores, que permitieron la cómoda aplicación de dichas innovaciones a la industria.

Ya con la primera revolución industrial comenzaron a suscitarse las nefastas consecuencias sociales que este movimiento habría de tener. La revolución demográfica que se produjo por el traslado de innumerables campesinos para trabajar en las fábricas provocó el hacinamiento de miles de personas en las ciudades “industriales”; el impulso industrial desenfrenado hizo que las condiciones de labor de los obreros fuesen deplorables.

En lo que a nuestro tema se refiere, la aplicación de estas nuevas tecnologías a los procesos productivos, e incluso a la vida cotidiana de las personas, provocó la existencia de nuevas hipótesis de daños no reguladas hasta el momento, y no explicables o entendibles desde la óptica del principio *pars responsabilité sans faute*.

Los daños, entonces, ya podrían no ser causados por las personas directamente, sino por los instrumentos, muchos de ellos muy peligrosos (sobre todo la maquinaria utilizada en las grandes fábricas, que muy comúnmente producía la muerte de cientos de trabajadores), por lo cual el derecho, como muchas veces, debía readaptarse a la realidad social <sup>7</sup>.

Mosset Iturraspe, siguiendo a Villey, sostiene que, en realidad, el sistema de responsabilidad civil, con la aristas antes comentadas, surgió como un mecanismo al servicio de los dañadores, para defender sus intereses, y que justa-

<sup>6</sup> Si el lector se encuentra interesado en profundizar este breve análisis histórico, pueden consultarse: Enciclopedia On line Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Portada>, voces “Revolución Industrial” y relacionadas, fecha de consulta: 28/8/2006; y HOBBSAWM, E., *Industria e imperio*, Ariel, Barcelona, 1999, caps. 3, 4 y 6.

<sup>7</sup> Ello porque la regulación civil de la época no tenía prevista la reparación de los daños causados “por las cosas”, razón por la cual la reparación no procedía, puesto que al analizarse los presupuestos de la responsabilidad civil, se encontraba que no había mediado culpa en el empleador dueño de la maquinaria, en un sistema que requería de ella ineludiblemente para asignar al dañador el deber jurídico de reparar.

mente esta idea es la que fundamenta el *pars responsabilité sans faute*; esto es, la ausencia de reparación cuando no hay un posible reproche de conciencia al agente dañador, y ya no una concepción moralista de la responsabilidad <sup>8</sup>, dándose así “una teoría de la responsabilidad divorciada de la realidad y del orden natural de las cosas, que no estaba destinada a servir a un reparto justo de los daños” <sup>9</sup>.

No parece muy acertado desde el punto de vista histórico sostener ello si recordamos que el sistema de la responsabilidad basado en la noción de culpa proviene desde la época del derecho romano, momento en el cual no existía el problema del maquinismo como situación generadora de daños.

Volviendo al impacto de la industrialización, tenemos que, a partir de ella, el hombre comenzó una carrera de desarrollo tecnológico utilizando dicha tecnología no sólo en el desarrollo industrial, sino como medio de mejorar su calidad de vida. Pero al intentar diseñar máquinas y programas que proveyeran a esos fines, que tuvieran la capacidad de “reemplazar” al hombre en funciones que históricamente han sido suyas o que llevaran adelante tareas que el propio hombre se habría encontrado imposibilitado de realizar, perdió gran parte del control sobre la tecnología de la cual se servía.

De esta manera, la revolución industrial “ha determinado el aumento de las hipótesis de dañamiento, por la utilización de los complejos mecanismos de producción y la intervención de cosas en la causación de daños. Con el industrialismo, y sus efectos culturales: maquinismo, urbanismo, capitalismo y consumo, aumentan los infortunios laborales, aparecen los accidentes aéreos, los ocasionados por la circulación de automotores, los daños por productos elaborados, y los originados por las cosas riesgosas o peligrosas” <sup>10</sup>.

Este hecho crucial puso en jaque al sistema clásico de la responsabilidad civil.

Ello se produjo respecto de varios de los presupuestos que eran condición para establecer el deber de reparar. En primer término, porque la intervención de maquinarias en la causación de daños volvió más compleja la determinación de la relación causal entre la conducta dañosa y el daño <sup>11</sup>, afectando el análisis de dicho requisito.

<sup>8</sup> MOSSET ITURRASPE, en ALTERINI, J. H. y otros, *Derecho de daños*, cit., t. III, p. 31. Así, a renglón seguido, afirma que estaba “Destinado a dificultar el camino hacia una sentencia de condena. Con el convencimiento de que dañan los que hacen, construyen, producen, intercambian, prestan servicios; aquellos que movidos por el afán de lucro hacen al progreso y al desarrollo; facilitar la indemnización se convierte, desde la óptica liberal-individualista, a partir de la concepción manchesteriana, preocupada por defender la industria incipiente, en una actitud reaccionaria, obstruccionista, contraria del orden vigente (Villey)”. Asimismo, ver MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños, Parte general*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 14 y ss.

<sup>9</sup> ALTERINI, J. H. y otros, *Derecho de daños*, cit., t. III, p. 27.

<sup>10</sup> ALTERINI, J. H. y otros, *Derecho de daños*, cit., t. III, p. 39.

<sup>11</sup> Por ejemplo, en los casos de accidentes sufridos por trabajadores mediante la utilización de ma-

Pero más importante aún, aunque íntimamente relacionado con lo primero: el sistema no podía justificar legalmente; esto es, desde el análisis particular de los elementos de la responsabilidad civil, la responsabilidad de aquellos agentes dañadores que, pese a provocar causalmente daños injustos en terceros, cumplían en su accionar dañoso con los estándares de conducta que les eran exigibles.

Esto se debía a que el sistema se encontraba con hipótesis de daño en las que resultaba totalmente justo establecer la reparación, pero que al no existir el elemento “culpa” en el accionar del dañador, debía eximirse de responsabilidad.

Es más, no sólo se requería necesariamente la existencia de culpa en el dañador, sino que, a nivel de la norma procesal, y por aplicación de la teoría de la carga de la prueba<sup>12</sup>, el damnificado que iniciaba un proceso judicial tendiente a reparar el daño debía acreditar la existencia de culpa en el agente dañador y, de no lograr hacerlo, su reclamo no tenía recepción jurisdiccional favorable.

Por otro lado, la intervención de la tecnología también provocó un aumento cualitativo y cuantitativo de los daños, ello consecuencia de que la potencialidad dañadora del hombre sin la utilización de la tecnología es sumamente inferior a la potencialidad dañadora humana con intervención de la moderna maquinaria, lo que generó problemas no sólo para la cuantificación de cada rubro, sino en cuanto a la determinación de los rubros indemnizables en cada caso, teniendo en cuenta que ello mismo se realiza desde el régimen de imputación de consecuencias.

La forma que el derecho ha encontrado para intentar superar esta situación ha sido poner el acento del sistema no ya en la culpa del agente dañador, sino en el daño sufrido —en principio injusto—, prescindiendo en ciertos casos de la existencia de culpa en el agente dañador<sup>13</sup>. Por ello es que se ha permitido

---

quinarias, que eran clásicos en la Inglaterra pos revolución industrial. Hoy en día no tenemos problema en justificar la responsabilidad del empleador, pero en ese entonces no resultaba tan sencillo establecer que, causalmente, el empleador había provocado el daño al empleado, al dotarlo de dicha maquinaria para que la utilizase en sus tareas laborales, porque justamente el empleado era quien operaba la maquinaria y quien en última instancia podía ser considerado como el causante de su propio daño. Por otro lado, si bien el criterio de causalidad fáctica podía llegar a superar este problema, al estar limitado por la previsibilidad, originaba la imposibilidad de hacer responsable al empleador cuando éste no podría prever la consecuencia dañosa para su empleado.

<sup>12</sup> La teoría de la carga de la prueba, vigente en ese entonces y cuya actual aplicación normativa surge de todos los códigos procesales del país (en nuestro ámbito, esta actualmente contenida en el art. 377, párr. 2º, CPCCN), implica que cada una de las partes debe o, mejor dicho, tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma que invoque como fundamento de su pretensión. Ésta es la razón por la cual quien demandaba por daños, al requerir el derecho de fondo la existencia de culpa en el dañador, tenía la carga de probar la culpa de éste y, de no hacerlo y de no lograrlo, la propia noción de carga procesal (imperativo del propio interés) hacía que se perdiera el litigio. En la actualidad, esto no es así en todos los casos, dado que en los supuestos de responsabilidad objetiva se genera una inversión de la carga probatoria en lo atinente a la prueba de la culpa.

<sup>13</sup> Por ejemplo, la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1113, párr. 2º, CCiv., implica no sólo la existencia de un factor objetivo de atribución, de lo cual surge que no se valora la hipótesis si la conducta del dañador en términos de diligencia, sino que también implica una inversión de la carga pro-

imputar responsabilidad a sujetos por daños causados por las cosas, por daños no producidos causalmente por el agente e incluso por daños causados por actos involuntarios.

La denominada “objetivización” del derecho de daños actual apunta, en parte, a encontrar a las personas que *deben*<sup>14</sup> responder por los daños no causados por conductas humanas reprochables —por ejemplo, acuñando conceptos como el riesgo creado, el aprovechamiento de la cosa, la responsabilidad colectiva o simplemente con la extensión de los obligados al resarcimiento—, más allá de su participación menor o mayor en su causación<sup>15</sup> y, por sobre todas las cosas, más allá de la existencia de culpabilidad en la conducta de agente dañador, puesto que lo trascendente es lograr la reparación del daño.

De allí que el actual concepto de responsabilidad pareciera diferir bastante del anterior. La mayoría de la doctrina sostiene que ha dejado de implicar un reproche moral y que sólo establece la necesidad de reparación frente a un daño injusto, importando entonces sólo la injusticia del daño causado y no lo reprochable de la conducta dañadora.

Por ello, y al efecto del presente trabajo, intentaré una definición actual del concepto de la responsabilidad. La responsabilidad creo que debería considerarse como un deber puramente legal, determinado *ex ante* por la norma, que establece que determinadas personas, ante el acaecimiento de un evento dañoso sobre otra u otras personas, ya sea directamente en sus cuerpos o en su espiritualidad, o indirectamente en las cosas contenidas en su patrimonio, deberán cargar con los costos de reparación de ese daño. Se trata así de una imputación jurídica (no fáctica ni moral) determinada normativamente, que luego hace que, en el caso concreto, un sujeto quede obligado a la reparación de un daño<sup>16</sup>.

Para finalizar la idea del presente apartado, debemos decir que, tal como el lector habrá podido concluir, actualmente suele entenderse que la responsabilidad civil es, *en principio*, de orientación resarcitoria, a comparación del sistema del Código de Vélez, en el cual tenía evidentemente una orientación punitiva.

---

batoria, dado que es el demandado quien debe acreditar la existencia de culpa, ya sea del actor como de un tercero por el cual no debe responder, aunque ello no quiere decir que dicho artículo haga presumir la relación causal entre el hecho y los daños.

<sup>14</sup> Este deber, como se viene señalando, no hace alusión a ninguna cuestión de reproche moral, sino a que el ordenamiento jurídico, de acuerdo con ciertas consideraciones de carácter agregativo, indica *ex ante* quienes serán los responsables frente a determinado hecho dañoso, quienes pueden no ser incluso los más “cercaños” del daño dentro de la cadena causal. Éstos serán los que “deben” responder; por ello en la definición de responsabilidad que propondré, se la conceptualiza como un deber legal.

<sup>15</sup> Es discutible si la legislación podría establecer como responsable, *ex ante*, de determinados hechos a sujetos que carecen de total participación en la cadena causal, porque es un tema que excede el marco del presente trabajo, aunque me limito a señalar que ello sí sería totalmente posible en teorías como el análisis económico del derecho.

<sup>16</sup> Ver lo expuesto respecto del funcionamiento del concepto de la responsabilidad en el ap. B, del punto III del presente trabajo.

### III. EL ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Luego de este somero análisis de la actualidad del derecho de daños, cabe analizar la normativa positiva a los efectos de comprobar si lo antes dicho tiene fiel reflejo en la realidad o si debemos realizar ciertas abstenciones a la hora de afirmarlo <sup>17</sup>.

Una buena forma de llevar a cabo ello es hacer un análisis de algunos de los aspectos más relevantes de la responsabilidad civil, individualmente considerados y en su conjunto, para ver si realmente resulta acertado hacer tales aseveraciones.

#### 1. El hecho humano en la responsabilidad extracontractual

Podríamos situarnos en el primer elemento de la responsabilidad, el incumplimiento objetivo o el hecho humano, ya sea que nos estemos refiriendo a los ámbitos contractual o extracontractual.

Al respecto, podemos mencionar que el Código Civil, en su art. 900, dispone: “Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna”. Asimismo, en la respectiva nota, leemos: “El elemento fundamental de todo acto es la voluntad de quien lo ejecuta. Es por eso que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito”.

Como consecuencia de ello, el art. 907, CCiv., dispone actualmente que en caso de daños causados por hechos involuntarios, sólo se responderá si el daño enriqueció al autor del hecho y en la medida en que se hubiere enriquecido con el daño causado.

El párr. 2º de dicho artículo, agregado por la ley 17.711, establece: “Los jueces podrán disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación de la víctima”.

Detengámonos un momento a analizar las implicancias de estas normas. El principio general que de ellas emana es que los sujetos son responsables sólo cuando cometen actos voluntarios, y sólo serán responsables cuando se vean inmiscuidos en un “acto” involuntario <sup>18</sup> cuando hayan obtenido un beneficio

<sup>17</sup> El lector notará, a lo largo de este acápite, que el problema de la orientación resarcitoria de la responsabilidad actual está íntimamente relacionado con el debate acerca del alcance de la indemnización, esto es, si el sistema prevé o debe prever una indemnización integral o sólo una indemnización plena. Al respecto, puede verse ALTERINI, A. A., “Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad”, *LyE*, nro. 72-73-74.

<sup>18</sup> Utilizo la expresión “acto involuntario” pese a estar consciente del error que conlleva la expresión, por considerarla más adecuada a los efectos del desarrollo del argumento. En rigor de verdad, hecho humano voluntario conforma un acto, por lo cual al carecer de voluntariedad deberíamos hablar de hecho humano.

de ese hecho dañoso, y sólo responderán por las sumas obtenidas por este injusto beneficio.

También es de notar que el párr. 2º, que pareciera funcionar cuando no pueda responsabilizarse al agente dañador de acuerdo con lo previsto en el párr. 1º, se justifica a sí mismo sólo en razones de equidad o de justicia distributiva.

Por lo tanto, cabe concluir que, aun a esta altura de la historia, nuestro sistema repudia la idea de condenar a indemnizar a quien no ha obrado voluntariamente, porque justamente él no ha decidido provocar el daño, siendo en algún sentido víctima de determinadas circunstancias, en muchos casos imprevisibles o incontrolables, que en definitiva son las causantes del daño (por ejemplo, un estado de alienación mental).

No es difícil ver que, en este aspecto, sobrevive aún la idea de reproche moral que antes esbozáramos; todavía sigue siendo chocante en algún punto “castigar” con la obligación indemnizatoria a quien no ha querido causar un daño, quien “no ha tenido la culpa”<sup>19</sup>, y ésta es la razón que justifica el principio mencionado, contenido en el art. 900, CCiv.<sup>20</sup>

Personalmente, creo que ello tiene que ver con la creencia liberal de que las cosas deben soportarse u obtenerse en virtud del mérito o de la falta de él. Así como creemos en el merecimiento de las cosas, en que la gente obtenga lo que tiene gracias a la ejecución de acciones —voluntarias— que ha emprendido con dicho objeto, no vemos con buenos ojos que la gente “cargue” con las consecuencias de los hechos para los cuales no ha efectuado actos positivos con el fin de obtenerlos. Si bien estamos de acuerdo en que quien causa daños debe repararlos, repudiamos internamente la idea cuando la aplicación de dicho principio lleva a una situación que nos parece casi tan injusta como el daño causado a la víctima: que el daño lo soporte alguien que “no tuvo la culpa”<sup>21</sup>.

De acuerdo con lo visto en cuanto al primer requisito de la responsabilidad —la existencia de una acción humana—, tenemos que el principio general consiste en que sólo obligan a la reparación los actos voluntarios, generándose

<sup>19</sup> Culpa aquí no es utilizada en sentido técnico, sino coloquial. Es normal que la sociedad considere que quien no tiene “la culpa” de algo no debe responder por sus consecuencias, idea asimilada a que la justicia en el caso concreto impone que sólo se haga responsable a quien obró voluntariamente, como forma de reprocharle dicha voluntariedad.

<sup>20</sup> Teniendo en cuenta esto, y sobre la base de la clasificación de las concepciones de la justicia retributiva efectuada por Rosenkrantz, pareciera que por lo menos, respecto de este instituto, el Código Civil sostiene a la retribución como justificativo de la reparación. Esto implica afirmar que la razón por la cual alguien está obligado a reparar un daño es lo incorrecto de la acción realizada, siendo dicha incorrección resultado de lo moralmente reprochable de la acción. Véase ROSENKRANTZ, C. F., “Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual”, LyE, nro. 67/68, 1997, Dossier de Filosofía del Derecho.

<sup>21</sup> Ello pese a que, *a priori*, parecería más injusto aún hacer cargar con los costos del daño al sujeto dañado. Es decir, pareciera injusto que quien causa daños en este tipo de situaciones cargue con el costo de éstos, pero pareciera más injusto aún que lo haga quien los sufre.

una suerte de irresponsabilidad por los daños ocasionados por “actos” involuntarios.

Ello a mi entender revela cuanto menos una contradicción con la sostenida orientación resarcitoria del Código Civil, puesto que si la responsabilidad civil estuviera orientada hacia la reparación del daño exclusivamente, razonablemente no adoptaría este principio. Debería adoptar un criterio por el cual debiéramos responder por todas los actos que cometemos, basándolo en una concepción objetiva de la responsabilidad que disocie la obligación de reparar de la existencia de voluntariedad del acto, como por ejemplo la concepción compensatoria propuesta por Ronsenkranz <sup>22</sup>, o simplemente en el hecho de que resulta más razonable que los hombres asuman los riesgos inherentes a la comisión de acciones dañosas involuntarias que a que lo hagan las potenciales víctimas <sup>23</sup>; dado que permitiría resarcir incluso los casos de daños provocados por actos involuntarios, y así proteger de forma incondicional a las víctimas del daño injusto.

Incluso el párrafo agregado por la ley 17.711 no modifica el panorama, puesto que sólo marca una potestad o facultad para el juez de fijar la indemnización por razones de equidad, cuya procedencia estará, además, supeditada a la capacidad económica de las partes. Por ejemplo, si una persona de escasos recursos provoca un daño a otra adinerada, la indemnización no sería procedente, lo cual parecía indicar que lo que justifica esta norma no es la injusticia del daño —que en el ejemplo es tan patente como en el caso inverso—, sino una cuestión redistributiva <sup>24</sup>.

Esta situación parecería confirmarse más aún si tenemos en cuenta el carácter restrictivo de la procedencia de dicha indemnización, y también su improcedencia en casos de ruptura del nexo causal <sup>25</sup>.

<sup>22</sup> ROSENKRANTZ, C. F., “Tres concepciones...”, cit., ps. 169 y ss.

<sup>23</sup> El fundamento en este caso sería de tipo económico. Si bien no podríamos aplicar la denominada fórmula Hand (acuñada por el juez Learned Hand en el caso “United States v. Carroll Towing Co.”, 159 F.2d 169, 173 de 1947), que postula que el evitador más barato de costos es quien debe responder por ellos, a los efectos de maximizar la eficiencia dado que es forzoso sostener que las personas puedan tomar medidas precautorias para evitar este tipo de daños; sí podríamos sostener que cada uno está en condiciones de trasladar el costo de los potenciales daños que cause a los demás mediante el aseguramiento que cada individuo asegurándose contra el potencial riesgo de todos los demás, razón por la cual el agente dañador en forma involuntaria debería responder por ser quien se encuentra en condiciones de asegurarse, y de forma más económica.

<sup>24</sup> La reparación del daño genera como consecuencia la generación de un daño, en principio igual, en quien debe repararlo, por lo cual debemos sostener que, más que la reparación del daño, lo que se intenta es su distribución. En este sentido creo que debe entenderse este párr. 2º del art. 907, CCiv., puesto que intenta una distribución del daño, teniendo en cuenta quién está en mejores condiciones económicas de afrontarlo. Por ejemplo, si una persona millonaria daña involuntariamente a otra muy pobre, si bien en principio no sería responsable, parece acertado hacerlo responsable de ese daño, puesto que se encuentra en mejores condiciones de soportarlo que la víctima, teniendo en cuenta ambas capacidades económicas.

<sup>25</sup> Jurisprudencialmente, se entiende que la indemnización en razón de la equidad es de carácter

Si el derecho de daños fuera plenamente resarcitorio, el principio general debería ser el de la responsabilidad por los propios actos, incluso los involuntarios, con fundamento, por ejemplo, en las posturas reseñadas anteriormente. Incluso desde una postura económica podría sostenerse lo mismo, teniendo en cuenta que quien lleva adelante esos daños involuntarios pareciera ser quien se encuentra en mejores condiciones de asumirlos <sup>26</sup> o, cuanto menos, de asegurarse contra ellos <sup>27</sup>.

## 2. La culpa como factor de atribución

La procedencia de la reparación está limitada a la existencia de un factor de atribución, ya sea objetivo o subjetivo.

Históricamente, el sujeto era condenado a reparar siempre que hubiera obrado con culpa o negligencia o con dolo; siendo entonces, como lo he sostenido inicialmente, que era condición *sine qua non* la existencia de una conducta reproachable por parte del agente dañador.

La ley 17.711 introdujo los denominados factores objetivos de atribución, los cuales han sido ampliados mediante creaciones pretorianas (por ejemplo, la obligación tácita de seguridad <sup>28</sup>), que prescinden de la valoración de la conducta del agente.

En lo personal, considero que los factores de atribución son las “buenas razones” por las cuales el sistema jurídico obliga a determinada persona a reparar cierto daño, por lo cual distingo a la razón principal del deber de reparar que es la existencia del daño. Es decir, el daño injusto es la razón por la cual surge el deber de reparar, y los factores de atribución son los argumentos suficien-

---

excepcional (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 20/7/1995, “Desseno, Alberto v. CNAS y otro s/cobro de seguro”, *www.saij.jus.gov.ar*). Asimismo, no procede dicha indemnización cuando ha mediado culpa de la víctima, esto es, cuando se haya producido fractura del nexo causal, razón por la cual es también requisito de procedencia que la conducta de la víctima no pueda ser tachada de negligente.

<sup>26</sup> El análisis económico del derecho sostiene que quien debe cargar con los daños es el evitador más barato de los mismos, que es quien puede asumir de mejor forma el riesgo de, por ejemplo, volverse loco.

<sup>27</sup> Por último, debo mencionar que el art. 1652, Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 unificado con el Código de Comercio, que establece expresamente la responsabilidad de los sujetos por actos involuntarios para ciertos supuestos.

<sup>28</sup> Es cierto que, respecto de la obligación tácita de seguridad, no existe consenso, ni doctrinario ni jurisprudencial, en cuanto a su naturaleza jurídica. Hay quienes sostienen que se trata de una obligación de medios, lo que implica que a los efectos de establecer la existencia de este tipo de responsabilidad sí debe analizarse la conducta del agente dañador en términos de diligencia aplicada (por ejemplo, Vázquez Ferreyra). Por otro lado, hay quienes sostienen que se trata de una obligación de resultados, por lo cual debe prescindirse de ese análisis, siendo entonces una responsabilidad de tipo objetiva (véase, AGOGLIA, M. M. - BORAGINA, J. C. - MEZA, J. A., *Responsabilidad contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993). Más allá de dicha controversia, teniendo en cuenta que actualmente hay jueces que la consideran como responsabilidad objetiva en sus sentencias, me interesa señalarla como una especie de ampliación jurisprudencial y doctrinaria de la responsabilidad objetiva.

tes del derecho de daños para señalar a la persona sobre la que recaerá el deber de compensar ese daño <sup>29</sup>.

Tal como señalé al conceptualizar la responsabilidad como un deber legal de compensar el daño, establecido *ex ante* por la norma de responsabilidad, tanto el requisito del daño como el del factor de atribución funcionan como los fundamentos de la decisión normativa. Ello surge nítidamente de analizar cada norma, puesto que cuanto menos indicará la existencia del daño y la presencia de un factor objetivo de atribución (dado que de no hacerlo funcionaría la regla general del factor subjetivo).

De ello se sigue que no sólo fundamentan la decisión normativa de establecer el deber de compensar, e incluso de señalar a quién o quiénes deberán hacerlo, sino que, como requisitos de ineludible existencia, debe estar acreditada su existencia en el caso concreto para justificar la imposición de la obligación de reparar.

Tomemos como ejemplo el art. 1114, CCiv., que establece la responsabilidad solidaria de los padres por los daños causados por los hijos menores que habiten con ellos. Esta norma determina que quienes cometan la conducta descrita en su antecedente serán responsable por los daños causados. Si analizamos esta norma juntamente con el art. 1116 —en cuanto exonera de responsabilidad a los padres si probaren que les ha sido imposible impedir el daño—, pareciera que esta imputación de responsabilidad se debe a una *culpa in vigilando* <sup>30</sup>.

De este modo, el factor de atribución fundamenta la decisión legal *ex ante* de imputar responsabilidad a ciertos sujetos en ciertas condiciones (los padres respecto de los daños causados por los hijos); pero luego es necesario el análisis en el caso concreto de este requisito legal; así se intentará desdeñar si la conducta efectivamente cumplió con las condiciones de hecho —antecedentes de la norma de responsabilidad (en este caso, se intentará comprobar dónde se encontraban los padres, qué estaban haciendo y qué pudieron hacer para evitar el daño)—; procediéndose entonces, en caso de encontrar cumplido el requisito

<sup>29</sup> Creo que, en este sentido, es evidente que la obligación de reparar se fundamenta en la existencia del daño; de allí que no pueda existir responsabilidad alguna sin daño, lo que descarta, cuanto menos en nuestro derecho, la posibilidad de una responsabilidad por el mero riesgo. Pero si bien ello es cierto, la existencia del daño no es suficiente para obtener la reparación, por lo cual se trata de una condición necesaria pero no suficiente, dado que se requiere la existencia de un factor de atribución que, justamente, “atribuya” el costo del daño a ciertas personas. Estos factores de atribución indican cuáles son las razones que consideramos válidas para hacer responsable a alguien. Cada una de ellas está respaldada por consideraciones agregativas: el dolo para lograr algún tipo de sanción, como prevención general y especial; la culpa como castigo por la omisión de medidas diligentes, para incentivar su adopción y así prevenir el daño; y las responsabilidades objetivas por diversas consideraciones tales como la índole de la relación dañador-dañado.

<sup>30</sup> Desde el análisis económico del derecho, podríamos decir que dicha imputación de responsabilidad se basa en que los padres son quienes están en mejores condiciones de evitar dichos daños, ya sea de evitarlos materialmente o por una cuestión de costos.

de la concurrencia del factor de atribución, a determinar la existencia de responsabilidad como deber de reparar en el caso concreto.

En conclusión, estando determinada la responsabilidad *ex ante*, resta en el caso concreto proceder al análisis de los hechos, para verificar si se han cumplido los requisitos dogmáticos de la responsabilidad, y así establecer la existencia de responsabilidad sobre ciertos sujetos en el caso concreto.

Volviendo al tema de los factores de atribución, encontramos entonces dos tipos de razones fundamentales en nuestro sistema de reparación de daños.

Las primeras son aquellas que sostienen que la reparación del daño le es exigible a una persona —y no a otra— por una actitud reprochable de ésta, a saber: reprochable por la intencionalidad o lo deliberado del incumplimiento contractual (dolo), o por no haber obrado de acuerdo con los estándares de diligencia exigidos, aunque analizados en el caso concreto; de allí que la apreciación del factor de atribución subjetivo implique la necesaria evaluación de la conducta del sujeto, cuyo resultado es trascendente para el establecimiento de la obligación de reparar <sup>31</sup>.

Las segundas son aquellas que justifican la obligación de reparar respecto de determinada persona en cuestiones que, en principio, son ajenas a la valoración de la actitud del agente dañador. Digo en principio porque no es del todo claro que los casos de responsabilidad objetiva no impliquen predeterminar *ex ante* una actitud reprochable del agente. Por ejemplo, en la responsabilidad por defectos de diseño, el factor de atribución es objetivo, porque hay un estándar objetivo de diligencia que no debe ser violado —que el diseño no tenga fallas—. Aquí, hay una predeterminación de la conducta negligente por la norma <sup>32</sup>, al igual que sucede en la culpa con los estándares del buen hombre de negocios; el problema es que en este caso la predeterminación es muy concreta —el diseño no debe tener fallas—, y comprobada la falla, se tiene por existente el factor de atribución; en cambio, en la culpa, el estándar del buen hombre de negocios es tan indeterminado que prácticamente requiere de un análisis en el caso concreto tan exhaustivo como si éste no existiera.

Existen otros casos en los que pareciera que el fundamento de la atribución de responsabilidad a ciertos sujetos no está en relación con la valoración de la actitud del agente: por ejemplo, en la responsabilidad de la cadena de producción prevista por el art. 40, Ley de Defensa del Consumidor <sup>33</sup>. Si bien es

<sup>31</sup> En el caso particular de la culpa, se analiza si el agente ha obrado con la diligencia que era debida, de acuerdo con esos estándares que pueden ser objetivos o abstractos (por ejemplo, el buen padre de familia o el buen hombre de negocios, exigidos en determinadas hipótesis). Cuando dichos parámetros no son exigibles, se debe “construir” un estándar de conducta que le haya sido exigible al agente al momento de causar el daño (teniendo en cuenta sus condiciones personales, el nivel de la exigencia de obrar con prudencia e incluso la previsibilidad del daño), el cual se comparará con la conducta que se llevó finalmente a cabo para determinar la existencia de culpa.

<sup>32</sup> De allí que en casos similares hay quienes sostengan que se trata de casos de “culpa objetiva”.

<sup>33</sup> El art. 40, ley 24.240, modificado por el art. 4º, ley 24.999, establece: “Si el daño al consumidor

cierto que tanto productores, intermediarios, transportistas y vendedores, y demás partícipes toman contacto con los productos, es irrazonable sostener que todos ellos despliegan una actitud negligente cuando se provoca un daño por vicio o riesgo de la cosa (y más aún que la norma predetermina como negligente la simple participación en la cadena), como también que existe una negligencia predeterminada en ellos basada en una exigencia de mutuo control.

Quizá aquí sí podamos estar en presencia de un fundamento por fuera de la valoración de la actitud del agente, basado en la necesidad de protección de los llamados “grupos débiles” como lo son los consumidores.

Esto lleva indudablemente a considerar que la ley 17.711 y varias normativas particulares han agregado nuevas razones que permiten normar determinados supuestos que escapaban a la regulación tradicional.

De esta manera, el sistema ha quedado estructurado de forma que reconoce dos tipos fundamentales de razones de imputar la obligación de reparar a ciertas personas: unas destinadas a fundar la procedencia de la indemnización en ciertos supuestos determinados (por ejemplo, el art. 1113, CCiv.), y otras razones “genéricas” que justifican la reparación en el resto de los supuestos de hecho.

La “objetivización” del derecho de daños implica, en este sentido, un intento por querer justificar mediante los factores de atribución objetivos cada vez más situaciones que por exclusión se encuentran en el dominio de los factores subjetivos, debido a que los factores objetivos tienen una órbita específica de operatividad. Es decir, que la propia ley indica qué supuestos quedarán sometidos a factores de atribución objetivos, lo que denota el carácter excepcional de dicha atribución.

Si bien los factores subjetivos funcionan por exclusión o, dicho de otra forma, como justificativos residuales cuando no proceda la justificación de los factores objetivos, la realidad es que todavía la mayor cantidad de las hipótesis de daño requieren para la procedencia de la reparación la comprobación en el caso concreto de una conducta que encuadre en un factor de atribución subjetivo, razón por la cual debemos sostener que el fundamento genérico de la responsabilidad sigue siendo la culpa, cuestión no casual y que no debe perderse de vista.

La conclusión que creo debe extraerse de lo reseñado es la siguiente: El sistema de responsabilidad civil sigue girando en torno a la noción de culpa, lo cual debe hacernos dudar de los primeros conceptos vertidos, en el sentido de que no es tan claro que nuestro sistema tenga orientación resarcitoria únicamente. Todavía tenemos un sistema que considera que la razón genérica que

---

resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan”.

fundamenta la reparación es el reproche de la actitud del dañador, pero que está dispuesto en ciertas situaciones predeterminadas a aceptar la reparación prescindiendo del análisis *ex post* de la conducta del agente.

### 3. La relación de causalidad

En materia de relación causal, el Código Civil establece, en sus arts. 901 a 906, un sistema de imputación de consecuencias que se encuentra limitado por el criterio de la previsibilidad. Distingue de esta forma las distintas consecuencias del obrar humano en razón de una “lejanía” del acto generador, teniendo en cuenta la previsión o el deber de haber previsto dichas consecuencias por parte del agente. A partir de allí, dependiendo del tipo de responsabilidad y del factor de atribución en juego, le serán imputables al agente una determinada cantidad de consecuencias dañosas de su obrar, y otras quedarán fuera de su deber de reparar.

El lector podrá notar que, respecto de la relación causal, se encuentran entremezclados distintos conceptos que exceden la imputación de los hechos al agente que implican los arts. 901 a 906, CCiv.<sup>34</sup>

Propondré inicialmente algunas razones que expliquen este fenómeno.

Una es decididamente que si bien a nivel doctrinario suelen distinguirse los diferentes “elementos configurativos de la responsabilidad civil” (incumplimiento objetivo, relación causal, factor de atribución y daño), la realidad es que no se trata de compartimentos estancos. Muchas de las nociones o elementos se condicionan fatalmente o, peor, son constantemente confundidos y mezclados tanto por los doctrinarios en sus trabajos como por los jueces en sus sentencias.

No sólo por confusión, sino que, por ejemplo, varios autores han argumentado que la noción de causalidad presupone un juicio de responsabilidad o de atribución “jurídica” a un sujeto de las consecuencias dañosas de su accionar. Es decir, que todo intento por intentar conectar a un sujeto con las consecuencias dañosas de sus actos requiere una teoría de la responsabilidad personal, por lo cual desde la relación causal se recurren a consideraciones normativas que exceden la mera imputación de un hecho al agente<sup>35</sup>.

Si bien podemos admitir que, de alguna manera, los principios de responsabilidad están apoyados en la causalidad —en el sentido de que los principios

<sup>34</sup> Este apartado debe leerse con especial consideración de lo dicho en la nota 2. Más allá de la duda que genera la relación de causalidad, en cuanto a si logra conectar a los hechos causalmente debido a que están conectados naturalmente en una relación causa efecto, o si ello se hace teniendo en cuenta criterios intelectuales previos, dado que dicha relación natural es prácticamente incognoscible por el hombre; lo cierto es que se trata simplemente de una imputación de hechos, y no de responsabilidad, tal como se intentará demostrar en los párrafos que siguen.

<sup>35</sup> Así por ejemplo, Engelart, Perry y Coleman, referenciados por ROSENKRANTZ, C. F., “Tres concepciones...”, cit., ps. 175 a 179.

de responsabilidad que manejamos en nuestro sistema requieren la existencia de la relación de causalidad para que nazca el deber de reparar—, he de advertir que podría no ser así, dado que existen sistemas que imputan responsabilidad sin la existencia de una relación causal sin que ello obste a que puedan atribuir responsabilidad a los sujetos <sup>36</sup>. Ello demuestra que, en realidad, la relación de causalidad implica una imputación de hechos, como se viene sosteniendo, y que es independientemente de la noción de responsabilidad del sujeto para con los daños causados.

El problema es que, si bien la relación de causalidad establece cuáles consecuencias del obrar humano le son imputables al sujeto, la imputación “se volverá jurídica” cuando se determine la responsabilidad del sujeto, lo cual se dará cuando se haya comprobado la existencia del resto de los requisitos de la responsabilidad civil, especialmente el factor de atribución, que paradójicamente determina el alcance de la imputación de los hechos.

En conclusión, si consideramos que lo relativo al análisis de las condiciones personales del agente y a la extensión de la responsabilidad se encuentra dentro del dominio de los factores de atribución, que la responsabilidad consiste en un deber legal de reparar frente a la ocurrencia del daño y que es independiente de la relación causal <sup>37</sup>, tendremos que decir que la relación causal debería consistir meramente en una imputación fáctica <sup>38</sup>.

Pero constantemente se entiende que ella imputa al agente responsabilidad y no hechos. Es decir, cuando un agente provoca una serie de daños, al analizar la relación causal con cada uno, muchos sostienen que lo que se intenta imputar es responsabilizar al agente para con cada daño, cuando en realidad creo que debería considerarse que lo que se intenta hacer es una imputación fáctica, la cual incluso no tiene relevancia decisiva a la hora de establecer la responsabilidad de dicho agente respecto de cada daño.

<sup>36</sup> “La causalidad es una peste”, escribió John Fleming (*Causation has plagued courts and scholars more than any other topic in the law of torts*, 1998, p. 218). La crítica, justa y terrible, tiene una buena causa: la causalidad es uno de los muchos criterios que usan las leyes para imputar responsabilidad por daños a alguien, pero la doctrina tiende a considerar que es el más importante sino el único”; asimismo: “Todos los sistemas jurídicos incluyen muchas disposiciones que establecen el deber de compensar o remediar el daño. Sin embargo, muy pocas recurren a la causalidad como criterio único de imputación. En ocasiones, no exigen ni eso, y en otras, requieren más” (CODERCH, Pablo S. - FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, Barcelona, *Revista jurídica on line “Indret”*, 2006, art. 329, [http://www.indret.com/pdf/329\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf)). Véase que incluso en este caso, a mi entender, si bien hace una interesante observación, el autor incurre en el error de considerar que la relación de causalidad imputa responsabilidades en lugar imputar hechos.

<sup>37</sup> El deber de compensar el daño no surge de la existencia de la relación causal, sino justamente de que ha sido causado. Asimismo, del factor de atribución y de la norma de responsabilidad depende la determinación de cierta o ciertas personas como “responsables” del costo del daño.

<sup>38</sup> De hecho, la terminología utilizada por el codificador pareciera avalar esta postura. Nótese que los arts. 903 a 905, CCiv., aluden a la imputación de las diferentes consecuencias, y que el art. 901 define a las consecuencias como “hechos”. Ello independientemente de que lo haga recurriendo a nociones de causa los efectos, o a criterios intelectuales o normativos previos.

Por ejemplo, uno puede ser responsable por daños que no ha provocado en sentido causal (por ejemplo, en la responsabilidad de los padres respecto de los daños ocasionados por los hijos menores) o puede no ser responsable por daños causados (por ejemplo, por existencia de causales de justificación o porque la misma ley decreta la irresponsabilidad de cierto individuo respecto de ciertas situaciones), razón por la cual podemos decir que no sólo la causalidad es condición necesaria y no suficiente para que un individuo responda por el daño causado, sino que en algunas circunstancias ni siquiera es condición necesaria.

Hay una cuestión que en este apartado quiero abordar y se relaciona con el régimen de imputación de hechos (consecuencias) que, como vimos anteriormente, se realiza desde el factor de atribución.

En cuanto a la metodología seguida por el codificador, dicho régimen inicia en el art. 901, CCiv., con una clasificación de las distintas consecuencias del obrar humano, para luego establecer un régimen de imputación de éstas, el cual se encuentra limitado por el criterio de previsibilidad.

Dentro de este segundo aspecto, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el art. 903 establece que las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de éstos. Por su parte, el art. 904 establece que las consecuencias mediatas sólo le son imputables al autor “cuando las hubiere previsto, o cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas”. Es decir, se le imputa hasta las consecuencias mediatas (inmediatas y mediatas) al agente cuando ha obrado con dolo —conocimiento de la consecuencia mediata— o con culpa —cuando debió haberla previsto, puesto que ello le era exigible, y no lo hizo—.

Pero respecto de la regulación de las consecuencias casuales, no le son imputables al autor del hecho, salvo “cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho”. Es decir, en este caso, sólo se le imputan al agente que actuó con dolo.

Si bien, tal como se expuso, la causalidad no debería incidir terminantemente en la atribución de responsabilidad, no es cuanto menos llamativo que la reforma de la ley 17.711 haya mantenido esta discriminación, que provoca que al autor que ha obrado con dolo le sean imputables más consecuencias que a quien ha obrado con culpa. Debemos señalar, asimismo, que esta distinción también surge en la esfera contractual, de acuerdo con lo previsto por los arts. 520 y 521, CCiv.

Nuevamente, creo que estamos en presencia de una cuestión que revela que todavía nuestro régimen de la responsabilidad civil tiene gran influencia del concepto reparación-sanción, dado que el “castigo” sobreviene de forma más grave cuanto es mayor el reproche que merece la acción del agente, lo cual no tendría sentido si sólo fuera trascendente a los efectos de justificar la reparación la injusticia de daño <sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Ello tiene que ver, a mi entender, con una idea derivada de la meritocracia, y es la proporcio-

#### IV. LOS DIVERSOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE DAÑOS

En los apartados anteriores, he intentado analizar cómo se conjugan en el derecho de daños actual los conceptos de reparación y sanción.

Pero a decir verdad, la decisión normativa de establecer que ante determinadas hipótesis de daño, éste deberá ser reparado por determinadas personas tiene diversas consecuencias que van más allá de la vetusta dualidad “sanción del responsable-reparación del daño”<sup>40</sup>.

Es más, no se trata de consecuencias “no previstas”, sino que debieran ser conceptualizadas, en la medida de lo posible, como posibles objetivos del derecho de daños.

Estas consecuencias serán objeto de tratamiento en los párrafos que siguen, mediante un análisis descriptivo del derecho de daños.

##### 1. La distribución del daño y la actividad económica

Se ha dicho con acierto: “Hay un responder-sanción que funciona cuando el daño ha sido causado ilícitamente, pero esa materia es sólo un capítulo de otra más amplia, la del responder-distribución, que corresponde a todos los casos de daños civiles, hayan sido ilícitos o no”<sup>41</sup>.

Tal como esbozara anteriormente<sup>42</sup>, el derecho de daños, mediante la reparación, lo que realmente genera es la adjudicación de los costos que el daño ha provocado. Si consideramos que X causa a Y daños por \$ 10, una eventual condena en sede judicial debería condenar a X a pagar a Y \$ 10, además de hacerla cargo de los gastos causídicos. Esto genera en el responsable un daño de la misma cuantía que el generado por él con anterioridad, razón por la cual, y en última instancia, quien provoca el daño es quien asume su costo.

De allí que, partiendo del concepto de deber legal de responsabilidad, la predeterminación de los sujetos que en caso de ocurrir un evento dañoso deberán asumir los costos de su reparación es crucial para diversas actividades económicas.

---

alidad de la sanción. Una vez que se está de acuerdo con que un sujeto debe ser sancionado, resta siempre establecer cómo y cuánto lo será. Nuestro sistema, revelando nuevamente una faceta retribucionista, establece mayores sanciones cuanto más reprochable sea la acción dañadora.

<sup>40</sup> Indudablemente, cuando nació el derecho de daños en los Códigos europeos del siglo XIX, las pocas normas que dedicaron a la materia tenían como finalidad inmediata compensar los daños sufridos por las personas y causados, fundamentalmente, por negligencia (CODERCH, Pablo S. - GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, Barcelona, *Revista jurídica on line “Indret”*, art. 275, 2005, [http://www.indret.com/pdf/275\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/275_es.pdf)).

<sup>41</sup> LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999, ps. 957/970.

<sup>42</sup> Ver nota 24.

Un ordenamiento puede establecer para determinadas cuestiones que sólo el agente dañador sea quien cargue con las consecuencias de sus acciones; para otras, puede permitir o incluso imponer como obligatorio el aseguramiento<sup>43</sup>, lo que implica la traslación del costo a la aseguradora, o la distribución entre el agente dañador y el organismo asegurador —por ejemplo, en caso de pólizas con límites de cobertura o con franquicias—, o incluso puede atribuir responsabilidad a varios sujetos en forma solidaria frente a una hipótesis de daño, como hemos visto que ocurre respecto del art. 40, Ley de Defensa del Consumidor<sup>44</sup>.

Esta “decisión” normativa tiene consecuencias que pueden manifestarse a diferentes niveles. Por ejemplo, suele sostenerse que el aseguramiento trae aparejado el problema del riesgo moral. El hecho de que el seguro garantice al asegurado la cobertura de los costos de los daños que él mismo provoque genera naturalmente un incentivo a no tomar las medidas adecuadas para evitar los posibles daños, es decir, a no mantener la normal conducta antisiniestral que tendría si no estuviere asegurado, lo cual afecta de lleno los objetivos de prevención del derecho de daños<sup>45</sup>.

De la misma forma que la institución del seguro puede generar este tipo de problemas, es evidente que posibilita el desarrollo de diversas tareas de alto riesgo. Piénsese en las líneas aéreas. En general, las tragedias que suelen ocurrir en este tipo de accidentes provocan daños por cifras siderales; de no existir el mecanismo del seguro, aquéllas deberían funcionar asumiendo un costo altísimo, consistente en que ante la primera tragedia probablemente vayan a la quiebra por imposibilidad de pago de las deudas por indemnizaciones a las cuales deberán hacer frente, lo que generaría que ninguna compañía asuma ese riesgo inicial, por lo cual ninguna funcionaría. El seguro —y en estos casos el reaseguro— permite trasladar ese riesgo mediante el pago de la correspondiente prima, y así permite que tanto las compañías públicas como privadas realicen ese tipo de tareas de transporte, lo cual sin dudas es algo beneficioso para toda la sociedad.

<sup>43</sup> El seguro es, por así decirlo, la forma de distribución del daño por naturaleza, aunque en rigor de verdad, lo que se hace es dispersar el riesgo del siniestro, asumiéndolo la aseguradora por el pago de un precio, que surge básicamente del costo esperado de los accidentes posibles ponderados por la probabilidad de ocurrencia de éstos.

<sup>44</sup> Ver nota 34.

<sup>45</sup> Ver al respecto COLOMA, G., *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, cap. 2 ap. 8, y cap. 5 ap. 2. Pese a la existencia de este problema, existen diversos mecanismos para desincentivar las conductas “displicentes” de los asegurados, como por ejemplo la existencia de franquicias, los límites de cobertura, la exclusión de cobertura por culpa grave o dolo del asegurado, e incluso la concordancia entre la prima (precio del seguro) con la actitud del agente, puesto que en todo caso si el asegurado es un sujeto que no toma las precauciones necesarias, ello puede incidir directamente en el precio del seguro encareciéndolo, lo que de por sí puede generar un incentivo a tener actitudes precavidas.

Un análisis similar podríamos hacer de las normas que establecen pluralidad de responsables en forma solidaria frente a un hecho dañoso, como la referida prevista en el marco de la Ley de Protección al Consumidor.

Se trata sin dudas de una norma tuitiva de los consumidores, que justifica por las especiales características de este grupo. De hecho, podría pensarse que es beneficioso en tanto distribuye el daño en los involucrados en la “cadena de producción”, pero ello también puede provocar un aumento significativo en los precios de los bienes, dado que todos los intervinientes de la cadena se verán obligados a asegurarse por su actividad, costo que será indudablemente trasladado al precio del producto.

Como puede apreciarse, el derecho de daños no sólo intenta reparar el daño, sino que debe distribuir el costo del daño ocasionado, lo cual es importante tanto respecto de los otros objetivos de ésta como con relación a objetivos macroeconómicos.

## 2. La eficiencia y la minimización de los costos de los accidentes <sup>46</sup>

El derecho de daños es un instrumento de regulación social que impone en determinados sujetos —víctima, victimario, terceros— la carga de pagar los costos de los accidentes que causan determinados sujetos, como un mecanismo para, entre otras cosas, garantizar que, en caso de ocurrir el daño, pueda llegarse a su compensación.

Esta determinación *a priori* de la responsabilidad, de acuerdo con la forma como se realice y su alcance, entre otras consideraciones, genera diversas consecuencias más allá de intentar lograr la reparación y sancionar al responsable.

El hecho de que, ante un daño causado por \$ 10, el responsable deberá sufragar \$ 10 más \$ 2 en concepto de los gastos causídicos que se provoquen como consecuencia del reclamo jurisdiccional emprendido por el sujeto dañado provoca incentivos en los potenciales dañadores de no dañar, por lo menos, hasta el punto en que el beneficio obtenido en virtud del daño causado sea inferior al costo que para él mismo provoca la obligación de compensar —\$ 12—.

Derivado de ello, si causar el daño le generara un beneficio de \$ 13, tendría incentivos para dañar, puesto que ello le conllevaría un beneficio de \$ 1 deducidas las indemnizaciones y gastos pertinentes.

<sup>46</sup> Más allá del agradecimiento general antes expresado, debo señalar que el presente apartado y el siguiente han debido ser reformulados casi en su totalidad, gracias a los contrapuntos expuestos por A los efectos del tratamiento del presente apartado, utilizaré en su mayoría apreciaciones y conceptos provenientes del análisis económico del derecho. Básicamente, el análisis económico del derecho realiza un análisis descriptivo de la normativa del derecho de daños, explicando su funcionamiento, pero entendiéndolo que debe servir a maximizar la eficiencia económica.

Lo mismo podemos decir de los daños causados culposamente. El agente se encontrará incentivado a adoptar medidas precautorias siempre que su costo sea inferior al del daño que pueda provocarse <sup>47</sup>.

Supongamos que hay dos propietarios de terrenos de campo contiguos (A y B), y A decide comenzar a utilizar parte de su terreno como basural. Supongamos también que eso perjudica la actividad agraria que desarrolla B (olores, atracción de roedores que inevitablemente atacarán su cosecha, etc.).

En materia de incentivos, A sólo tomará medidas precautorias para no perjudicar a B, hasta el monto que derive del costo del daño esperado por su actividad multiplicado por la probabilidad de ocurrencia. Si evalúa el costo del daño en \$ 10, y la probabilidad de ocurrencia en 0,2, tendrá incentivos razonables para invertir en medidas preventivas del daño a B hasta \$ 2 <sup>48</sup>. Es decir, no invertirá \$ 3 en medidas precautorias, pese a que ellas garanticen la no ocurrencia del daño.

Ello nos lleva a la conclusión de que la propia normativa no disuade a la no causación de daños, sino a que las partes actúen “eficientemente” desde el punto de vista agregativo, por lo cual éstas cuentan con incentivos suficientes para dañar si ello trae aparejado un beneficio “social”, ya sea por la generación de nuevos recursos a partir de un daño, o por la utilización adecuada y no excesiva de recursos en medidas precautorias <sup>49</sup>.

Vemos así que en el primer caso se genera un incentivo a dañar cuando el beneficio es superior al daño provocado, y en el segundo caso, se disuade a no gastar más dinero en medidas precautorias de lo que razonablemente corresponde, aunque con ello no se evite la posibilidad de causar un daño.

<sup>47</sup> Este cálculo se efectúa multiplicando el daño pasible de provocarse por la probabilidad de ocurrencia, arrojando como resultado el monto de dinero hasta el cual es eficiente invertir en medidas precautorias.

<sup>48</sup> Por fuera del “ejemplo numérico”, que es utilizado a los simples fines de graficar el concepto, es innegable la inexistencia de incentivos para adoptar medidas precautorias cuando se sabe que éstas son más caras que el daño esperado; y que por otro lado la probabilidad de ocurrencia del daño es un factor decisivo al momento de evaluar el grado de inversión en medidas precautorias. Por último, he de destacar que el análisis económico del derecho, justamente para incentivar la eficiencia en este punto, propone que A no pueda ser considerado culpable si efectivamente invirtió \$ 2 en medidas precautorias, incluso si, sabiendo que el daño podía ocurrir, continuó desplegando su actividad; razón por la cual es B quien deberá cargar con el costo del daño.

<sup>49</sup> El análisis económico entiende, generalmente, la eficiencia desde el criterio Kaldor-Hicks. Según este criterio, la eficiencia económica se alcanza sólo cuando se maximiza el bienestar de la sociedad agregativamente considerada; es decir, que una situación (A) es más eficiente que otra (B), cuando provoca que los que se benefician de la situación (A) “ganen” más que lo que “pierden” los que se perjudican con ella; por esta razón es que siempre la consideración del beneficio que trae aparejada una situación se mide en términos agregativos, asumiendo que habrá muchos que pierdan, pero que en cierta forma la sociedad estará mejor porque dichas pérdidas se “compensarán” con las ganancias de quienes resultaren beneficiados, arrojando ello un saldo de bienestar positivo. Así es fácil ver por qué, desde este punto de vista, muchas veces resulta eficiente la causación de daños.

Teniendo en cuenta esto, desde el punto de vista agregativo, la sociedad se encuentra mejor una vez causado el daño, puesto que han generado o “ahorrado” más recursos; ello incluso, teóricamente, sin perjudicar a nadie, puesto que la víctima ha quedado indemne con la indemnización acordada.

Este mismo concepto de incentivos es aplicable respecto de los contratos, sobre todo aquéllos de prestaciones secuenciales y no simultáneas. Teniendo en cuenta que, una vez que una de las partes cumple con su prestación, la otra tiene grandes incentivos para no cumplir, lo que hace que en definitiva la primera, teniendo en cuenta ello, tampoco tenga incentivos para cumplir<sup>50</sup>, el derecho contractual pone a cargo del vendedor que no entrega el bien la obligación de devolver lo cobrado más condenas accesorias, y al comprador que recibe lo comprado pero no entrega el dinero, la obligación de devolver el bien más condenas accesorias. De esta forma, se logra el equilibrio de Nash, desde el punto de vista de la teoría de los juegos, dado que cuando uno de los dos cumple su obligación primero, inducirá al otro a cumplir, lo que en definitiva evitará que ambos incurran en el incumplimiento de sus obligaciones, y, por ende, que se dañen mutuamente y que dejen de obtener la ganancia que la transacción les reporta<sup>51</sup>.

Pero volviendo al ejemplo, supongamos que el vendedor pacta la venta de la mesa por el precio de \$ 10, e incluso recibe el precio de ésta, pero en el ínterin de la entrega otro comprador le ofrece pagar \$ 15 por ella.

Como hemos visto, el vendedor se encuentra en principio incentivado a cumplir con el contrato, dado que el ordenamiento pone sobre él la obligación de devolver el dinero pagado más los gastos causídicos que demande un eventual juicio, e incluso daños derivados de la ruptura contractual que excedan el precio abonado. Pero si todo ello suma hasta catorce pesos, desaparece el incentivo al cumplimiento. Esto se produce por la sencilla razón de que en esa circunstancia, al mismo ordenamiento, y nuevamente teniendo en consideración

<sup>50</sup> Supongamos una compraventa de una mesa, por un precio de \$ 10 (P). El costo (C) de su fabricación es de \$ 5 y su valor (V) es de \$ 12. Una vez que el vendedor ha recibido los \$ 10, tiene en su poder (P) más (V-C), puesto que el producto sigue en su poder, razón por la cual suma \$ 17, los cuales se verían reducidos a \$ 5 (P-C) en caso de entregarla. Si esta posibilidad es considerada por el comprador al momento de pagar primero, elegirá entonces no abonar el precio, por lo cual la transacción se frustrará generando un beneficio nulo para ambos. Para mayor profundidad, ver COLOMA, G., *Análisis económico del derecho privado...*, cit., cap. 7, ps. 183 y ss.

<sup>51</sup> En una situación de contratación normal, es decir, sin problemas de información, coacción, etc., ambas partes deberían obtener un beneficio de la contratación. El vendedor obtiene la diferencia entre el precio de venta y el costo de producción —margen de ganancia—, y el consumidor obtiene la diferencia entre lo que él valoraba el bien y lo que efectivamente paga —excedente del consumidor—. Ésta es la razón por la cual el derecho contractual intenta resolver los problemas de oportunismo contractual, que se dan por el natural incentivo al no cumplimiento, como forma de favorecer los intercambios y así aumentar el bienestar general. Ver también para ampliar el tema POSNER, R., *Economic analysis of law*, Little Brown Boston, 1997, y COLOMA, G., *Análisis económico del derecho privado...*, cit., cap. 5, ps. 117 y ss.

cuestiones de bienestar agregativo, ya no le es de interés incentivar el cumplimiento de ese acuerdo, sino todo lo contrario, que el bien llegue a las manos de quien más lo valora <sup>52</sup>, puesto que así se generará mayor cantidad de beneficio para la sociedad, dado que en el caso de cumplirse con el segundo contrato, se habrán generado más recursos <sup>53</sup>.

Hasta aquí hemos visto cómo el análisis económico pareciera mostrar, a partir de un análisis descriptivo del derecho de daños, la manera en que genera incentivos de actuar eficientemente, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, y que, a consecuencia de ello, muchas veces incentiva indirectamente la causación de daños, en los supuestos en que ello genere bienestar social a nivel agregativo.

En el ámbito del derecho de la responsabilidad extracontractual por negligencia (accidentes), y ya fuera del análisis meramente descriptivo, se propone una regla de responsabilidad que garantiza aún más la eficiencia que el simple mecanismo antes comentado: la regla del evitador más barato de costos.

Tal como antes comentara, la decisión normativa de determinar los responsables de compensar a la víctima del daño, o de que sea la propia víctima quien lo soporte, puede pasar por diversos motivos. En este caso, el análisis económico pone en el centro de la escena la eficiencia en su faceta de disminución de costos. Ello, conjugado con las ideas antes expuestas, da como resultado que no sólo hace a la eficiencia evitar sólo los daños ineficientes, sino que para evitarlo, debe hacerse al menor costo posible.

De allí que, en estos casos, cuando tanto víctima como victimario puedan adoptar medidas precautorias eficientes para evitar el daño <sup>54</sup>, la norma de responsabilidad que esta corriente sugiere indica que deberá responder quien podía evitarlas a menor costo.

Volvamos por un momento al ejemplo de los campos contiguos. Supongamos que la ganancia que le reporta a A tener el basural es de \$ 20, que el daño

<sup>52</sup> Según el análisis económico, los bienes deben quedar en manos de quienes más los valoran, y ellos son quienes están dispuestos a pagar el precio más alto por el bien —y pueden hacerlo—; de allí que el pago de un precio superior supone que el contrato es más beneficioso a nivel social, puesto que se generarían más recursos.

<sup>53</sup> Aquí se ve nuevamente cómo el derecho contractual incentiva las transacciones como método de generación de recursos, dado que incentiva a las partes al cumplimiento de los contratos entendiendo que ellas estarán mejor en términos de riqueza después de contratar que antes de hacerlo. En este sentido, Posner ha sostenido que todo el derecho, fundamentalmente el derecho de daños, debe ser entendido como una herramienta para la maximización de la riqueza de la sociedad (POSNER, R., “Utilitarianism, economics, and legal theory”, *Journal of Legal Studies*, VIII (1), 1979, trad. al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 69, 1998). También puede verse la crítica de Ronald Dworkin a Posner en DWORKIN, Ronald, “¿Es la riqueza un valor?”, trad. al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 69, 1998.

<sup>54</sup> Esto es, cuando sea posible para ambos establecer medidas precautorias idóneas a un costo menor que el del daño esperado multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia.

esperado es de \$ 5 y la probabilidad de ocurrencia, de 0,4. Es evidente que A estará dispuesto a invertir en medidas precautorias hasta \$ 8. Supongamos, también, que existe un moderno sistema que permite aislar los terrenos basurales, de forma tal que no generaran olor ni atrajeran roedores, y que sale \$ 8. Razonablemente, es eficiente que A compre dicho sistema, de modo que le quedará de ganancia \$ 12. Pero si B pudiera evitar el daño a un precio menor, por ejemplo a \$ 4 puesto que llevaría su cosecha a otra parte de su campo en la que no se viera perjudicada, ésta sería la solución eficiente, por lo cual la norma debería hacer responsables a los evitadores más baratos como forma de incentivarlos a que ellos sean quienes inviertan en medidas precautorias. Dado que si B es quien invierte en medidas precautorias, genera un ahorro de recursos a nivel agregativo —la sociedad en vez de gastar \$ 8 gasta \$ 4 para evitar el daño—, ello sin considerar quién es el que debe afrontar el costo, si el que introduce el riesgo o quien lo sufre<sup>55</sup>. Una solución distinta implicaría un ahorro para B de \$ 4, pero un costo para A de \$ 8, dando el saldo agregativo -4.

Así, podemos apreciar cómo el análisis económico considera eficiente que quien esté obligado a prevenir el daño que merezca ser evitado por ineficiente sea quien puede hacerlo a menor costo.

En materia de costos de accidentes, Calabresi señala que éstos no están constituidos solamente por los costos generados a la víctima, que constituyen las pérdidas acaecidas o lo que ha dejado de ganar en razón del accidente —él los denomina costos primarios—, sino que existen otros costos generados a raíz del siniestro, por ejemplo, el costo de que todos los costos del accidente sean soportados por la víctima o por una sola persona y no distribuidos entre los miembros de la sociedad —costos secundarios—; o los costos de una administración de justicia y demás organismos burocráticos encargados de imponer coactivamente a los responsables la obligación de indemnizar —costos terciarios—.

En este sentido, puede verse que cualquier regla de responsabilidad que se aplique no podrá cumplir acabadamente con los tres objetivos, por cuanto lo que debería aplicarse es una combinación de reglas (de responsabilidad, de aseguramiento obligatorio y de irresponsabilidad por ciertos acontecimientos) que permitan en cada tipo de caso encontrar la solución que garantice de mejor manera posible la minimización de todos los costos de los accidentes.

De forma que, al momento de determinar la regla de responsabilidad aplicable, por ejemplo: la regla del evitador más barato de costos, ésta debería ceder ante otras que permitan la reducción de los costos secundarios y terciarios, por ejemplo, los que consideran la capacidad de asegurarse en forma más eco-

<sup>55</sup> Ésta es quizá una de las aristas más polémicas del análisis económico. Como la meta es la eficiencia, éste está dispuesto a hacer responsable a cualquier persona, tenga o no la más ínfima relación con el evento dañoso o con el riesgo, mientras pueda evitar el daño con menor gasto, lo cual contrasta con nuestra arraigada creencia en el mérito, que comentáramos anteriormente.

nómica de los sujetos, con el objeto de distribuir los costos, o la capacidad/incapacidad de trasladar los costos de los accidentes a los bienes producidos, o incluso excepciones de responsabilidad <sup>56</sup>.

De hecho, el autor señala que no sólo las reglas de derecho de daños no podrán cumplir acabadamente con los tres objetivos al mismo tiempo, sino que muchas veces la aplicación de una norma que tienda a la consecución de un objetivo puede atentar contra el cumplimiento de otro. Un ejemplo de ello es el problema del riesgo moral que anteriormente se reseñó <sup>57</sup>. La existencia de actividades que requieren aseguramiento obligatorio provoca en los asegurados actitudes displicentes respecto de la evitación de daños, dado que ellos no cargarán con el costo de éstos. Ello provoca indudablemente que tiendan a provocar daños ineficientes, puesto que no estarán dispuestos a invertir en medidas precautorias, incluso cuando éstas sean menores al daño esperado ponderado por la probabilidad de ocurrencia, o cuando sean de costo menor que las que podría tomar la potencial víctima.

También podemos encontrar que la limitación cuantitativa de los daños o la tarifación de las indemnizaciones, a la par que pueden proveer a la minimización de los costos terciarios al volver más predecibles las decisiones judiciales y favorecer la negociación extrajudicial, atentan contra el objetivo resarcitorio de la responsabilidad civil, porque permite obtener indemnizaciones de menor cuantía. Incluso podría sostenerse que al disminuir las indemnizaciones esperadas, los individuos verán reducidos sus “costos de dañar”, por lo que se provocaría un incentivo a los daños voluntarios o a los incumplimientos contractuales dolosos.

### 3. La prevención de daños

Dos son las facetas que el derecho de daños ofrece respecto de este objetivo en particular.

La primera es una cuestión meramente derivada o secundaria del mecanismo consistente en predeterminar a los sujetos que deberán hacerse cargo de reparar los daños que se produzcan en determinadas hipótesis: la persuasión de no causar daños ineficientes <sup>58</sup>.

Como hemos visto, y como consecuencia de una cuestión de costos, los individuos se encuentran incentivados a no dañar, pero sólo hasta el punto en

<sup>56</sup> Véase CALABRESI, G., *The cost of accidents. A legal and economic analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970.

<sup>57</sup> Ver nota 45.

<sup>58</sup> Y digo cuestión derivada porque es un efecto o consecuencia de otro objetivo que sí creo está en juego en el derecho de daños, y que la disminución de los costos de los accidentes, más precisamente la disminución de los “costos primarios” de Calabresi, lo cual ha sido objeto de análisis en el anterior apartado.

que los costos que les reporta el daño causado son menores que la ganancia que les produce.

Así, en el derecho contractual, normativamente se prevé la reparación de los daños por incumplimiento, para así volver al cumplimiento del acuerdo, la salida más beneficiosa para las partes.

Por otro lado, en el derecho de la responsabilidad por negligencia, tal como hemos visto, se persigue el mismo objetivo. La aplicación de la Fórmula Hand<sup>59</sup>, que postula que se lesiona negligentemente y por lo tanto se debe responder; sólo cuando las medidas precautorias idóneas que se podían tomar tenían un costo inferior al costo del daño esperado ponderado por la probabilidad de ocurrencia, incentiva a las personas a adoptar niveles de precaución óptimos, puesto que los hace invertir en medidas de precaución sólo cuando éstas garanticen un beneficio al inversor. Ello lleva sólo a un incentivo parcial para no cometer daños, puesto que el sujeto estará sólo obligado a prevenirlo cuando los costos de las medidas precautorias sean inferiores al daño esperado, por lo cual en los demás casos se carece de incentivos por parte del derecho, dado que sería ineficiente incentivar a la no provocación de esos daños.

De allí que, en términos de incentivos, la opción más eficiente a los efectos de la prevención de la mayor cantidad de daños pareciera ser el establecimiento, en cabeza del dañador, de la obligación de indemnizar la totalidad de los daños causados a las víctimas, puesto que mientras más se lo obligue a abonar al responsable en concepto de daños, más se cuidará de evitarlos, ya sea de no efectuarlos voluntariamente o de invertir más recursos en medidas precautorias. Es decir, mientras más dinero se lo obligue a pagar en concepto de daños, estará menos dispuesto a dañar —puesto que el daño debería provocarle un alto beneficio, suficiente para pagar la indemnización y quedarse con el resto— y más dispuesto a adoptar medidas precautorias —porque al ser más elevado el daño esperado, será más eficiente un nivel más alto de éstas—<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Ver nota 23.

<sup>60</sup> Suele entenderse que esta opción es la más eficiente para lograr el objetivo prevención, pero que al momento de conjugarse con otros objetivos —y sobre todo con el desarrollo de la actividad económica— muestra serios problemas. Esto ha sido demostrado por Coase, quien, criticando los desarrollos de Pigou en su obra *The economics of welfare*, sostiene que ver el problema en términos de cuánto debe pagar el dañador —asumiendo inicialmente que es él quien asumirá el costo del daño— es desconocer el carácter recíproco del problema, dado que hacer resarcir a la víctima es también dañar al dañador. Así, el análisis debe iniciarse sin considerar *a priori* que el dañador es quien debe soportar la pérdida; sino evaluando si hacer asumir el costo al dañador causará más daño aún que los provocados a la víctima por el daño original, y elegir la opción menos dañosa, que puede llegar a generar, según el caso, que la víctima deba internalizar el costo del daño, con lo que sí se logra una prevención de daños mayores e ineficientes. Para mayor profundidad puede verse COASE, R. H., “The problem of social cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. III, 1960, trad. al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 45, 1992, ps. 81 y ss., y BEYER, H., “Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho”, *Revista Estudios Públicos*, nro. 45, 1992.

Por esta razón es que, en rigor de verdad, considero que el derecho de daños no conlleva una “prevención de comportamientos antisociales” en el sentido de André Tunc <sup>61</sup>, sino que sólo persuade a no cometer conductas dañosas que perjudiquen a la sociedad o, mejor dicho, que sean agregativamente ineficientes en tanto generen pérdida de recursos.

En los países cuyos regímenes legales se encuentran basados en el derecho europeo continental, como la Argentina, esto es, con derecho codificado, el hecho de que la labor de los jueces consista, en principio, en la aplicación e interpretación de las normas legales creadas por el poder legisferante limita su libertad de actuación y de formulación de normas jurisprudenciales. Ésta es principalmente la razón por la cual el análisis económico del derecho en general y la denominada Fórmula Hand en particular no han tenido un gran desarrollo, más allá de reconocer que dentro del concepto de culpa, y al momento de establecer los estándares exigibles en cada caso, el juez pueda incorporar consideraciones de este tipo.

Sin embargo, incluso prescindiendo de estos elementos, en cierta forma, el derecho de la responsabilidad por negligencia genera ciertos incentivos —secundarios, como ya se ha aclarado—, respecto del deber de cuidado.

Analicemos esto desde uno de los clásicos ejemplos utilizados para explicar el funcionamiento de la Fórmula Hand.

Los conductores de automóviles en autopistas corren permanentemente el riesgo de atropellar a un peatón. Para ello, naturalmente, tomarán distintas precauciones (mantendrán el auto en buen funcionamiento, no beberán al conducir, etc.), pero el sistema legal entiende que el procedimiento más barato para evitar los posibles accidentes es la disminución de la velocidad, por lo cual, a los efectos de incentivarlos a hacerlo, les impondrá la carga de tener que solventar los accidentes que generen cuando no reduzcan la velocidad. De esta forma, si el costo de reducir la velocidad para el conductor es menor que el costo esperado del accidente (daño total esperado multiplicado por la probabilidad de ocurrencia), éste disminuirá la velocidad hasta donde sea eficiente <sup>62</sup>.

Supongamos ahora que un conductor se encuentra circulando por la autopista por encima de la velocidad permitida y un peatón decide cruzar la autopista corriendo, lo cual genera que el conductor atropelle al peatón. Desde el punto de vista del análisis económico, podríamos considerar al peatón negli-

<sup>61</sup> TUNC, A., “La responsabilité civile”, *Collection de Études Juridiques Comparatives*, Economica, Paris, 1981, ps. 3 y ss.

<sup>62</sup> Como puede apreciarse, el carácter de este incentivo es secundario y hasta cierto punto relativo. En realidad, la disciplina que mejor se encuentra en condiciones de generar incentivos a la reducción de la velocidad es la normativa correccional o las normas de tránsito, no sólo porque incentivan a la reducción de la velocidad y, por ende, a la prevención de los accidentes en todos los casos —incluso en los casos en que sea eficiente que se produzcan—, sino porque realmente son las que generan una amenaza lo suficientemente palpable para el conductor que lo incentiva a reducir la velocidad.

gente aplicando la regla del evitador más barato de costos, dado que los costos de evitar el accidente para el peatón parecieran ser inferiores a los del conductor, porque razonablemente podría serle más barato cruzar por el puente habilitado que al conductor reducir la velocidad a un nivel óptimo. Ésta es la razón por la cual se considerará negligente el accionar del peatón.

Visto desde nuestro derecho, si bien estimo que no se realizaría un análisis de los costos de las medidas precautorias a los efectos de establecer la negligencia de las conductas, sí se debería analizar cuál era el estándar de conducta esperado del peatón para evitar accidentes, y este análisis arrojaría que debió cruzar por el puente, de forma de atribuirle responsabilidad al peatón, ya sea en forma exclusiva a partir de la culpa de la víctima, que afectaría fatalmente el nexo de causalidad, o a partir de la culpa concurrente, lo cual generaría un incentivo similar al analizado en la regla del evitador más barato de costos.

Asimismo, no sería erróneo, al analizar estos casos, ver la influencia de los costos para los agentes de tomar precauciones a los efectos de cumplir con el deber de cuidado, por ejemplo, si el conductor era un médico que se encontraba dirigiéndose a toda velocidad a un hospital para realizar una operación que sólo él estaba capacitado para hacer, la cual era de tanta urgencia que a cada minuto de retraso el paciente corría riesgos crecientes de no sobrevivir.

El lector notará algunas diferencias respecto de los incentivos de prevención en el derecho de daños contractual y extracontractual; ello está basado en el hecho de que, en la órbita contractual, el objetivo principal en lo que al análisis económico del derecho se refiere es el de generar la mayor cantidad de acuerdos eficientes y asegurar sólo un nivel de cumplimiento óptimo de éstos, o sea, cuando generen beneficios óptimos; de forma que el objetivo de prevención de daños es una consecuencia directa de ver a la contratación como un método de generación de recursos y de los intentos normativos por proteger a la contratación eficiente.

En cambio, en el derecho de daños extracontractual, la prevención de los daños antieconómicos surge como una cuestión derivada y secundaria del hecho del incentivo que supone que el agente, la víctima o un tercero carguen con el costo del daño provocado.

Pese a estas diferencias, ambos regímenes comparten un mismo concepto, y es que sólo persiguen la prevención del daño cuando éste se muestra ineficiente a nivel agregativo.

La segunda cuestión en materia de prevención se relaciona con la normativa que está específicamente destinada a la evitación de los daños.

Tomemos como ejemplo la figura de la denuncia de daño temido, regulada en el párr. 2° del art. 2499, CCiv., introducida a partir de la reforma de la ley 17.711. Dicho artículo establece: “Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”.

De la lectura conjunta de la norma con el art. 623 bis, CPCCN, se ve que tiene por objeto no ya obtener una reparación urgente del daño o hacer cesar una situación de perjuicio, sino directamente evitar que el daño se produzca.

Se trata de una norma poco común y que por demás no sería incluida dentro del catálogo de normas que podríamos considerar dentro del derecho de daños. De hecho, se tiende a considerarla como una norma relativa al derecho de propiedad y, por lo tanto, ajena al derecho de daños.

Sin embargo, y siguiendo un trabajo de Calabresi<sup>63</sup>, intentaré demostrar que se trata de una norma que pertenece al derecho de daños más de lo que aparenta.

Señala el autor que existen distintas formas o niveles de protección de los derechos individuales, que definen el alcance de la protección estatal que tendrán y la disponibilidad que tienen para sus titulares. Así, existen tres tipos de derechos de acuerdo con la “regla” de protección que tengan: los protegidos por reglas de propiedad, por reglas de responsabilidad y por reglas de inalienabilidad.

Un derecho es protegido por una regla de propiedad cuando la única forma legal de “quitarle” el derecho a su titular es mediante de una transacción voluntaria, en la que el precio es negociado por las partes, siendo aceptado, en última instancia, por el comprador. Esto implica una mínima intervención estatal, dado que no interviene en la determinación del valor del derecho.

Asimismo, un derecho es protegido por una regla de responsabilidad cuando cualquier persona puede “destruir” el derecho del titular o el objeto sobre el cual recae, aunque al hacerlo se hace pasible de reclamo, jurisdiccionalmente previsto, de abonar el valor del derecho, aunque éste estará objetivamente determinado o sea determinable, pero sin que ello dependa de la decisión del titular. De esta forma, la intervención estatal es un tanto más importante, dado que además de permitir la transferencia predetermina el valor del derecho o fija pautas para su determinación mediante normas.

Por último, un derecho es protegido por una regla de inalienabilidad cuando su transferencia se encuentra prohibida por el Estado, pese a que incluso pueda existir un consenso entre el titular del derecho y un comprador. De esta forma, estas reglas, más que proteger al derecho, limitan la disponibilidad de éste para su titular.

Entonces, señala: “En nuestro contexto, buena parte de aquello que comúnmente llamamos propiedad privada, puede ser visto como un derecho que es protegido por una regla de propiedad”<sup>64</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta la norma antes citada, cabe preguntarse por qué tipo o tipos de regla está protegido ese derecho de propiedad que pesa

<sup>63</sup> CALABRESI, G. - DOUGLAS MELAMED, A., “Property rule, liability rules and inalienability: one view of the cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, nro. 6, 1972, traducción al castellano por *Revista Estudios Públicos*, nro. 63, 1996.

<sup>64</sup> CALABRESI, G. - DOUGLAS MELAMED, A., “Property rule...”, cit., p. 367.

sobre los bienes del denunciante (A), por ejemplo, sobre su casa que se encuentra contigua a un terreno en el cual se está efectuando una construcción que puede provocarle daños. A los efectos del ejemplo, llamaremos B al propietario del terreno en el que se construye el edificio.

Que A pueda impedir el daño antes de que se produzca, solicitando la intervención estatal, deja abierta cierta duda respecto del tipo de regla que protege al derecho de A <sup>65</sup>.

Normalmente, la existencia de una regla de responsabilidad provoca que cualquier individuo pueda atentar contra el derecho de otro, poniéndose inmediatamente en la situación de deudor respecto de éste, a partir del surgimiento del crédito indemnizatorio. Justamente porque cualquier individuo puede dañar, no le asiste la posibilidad al titular de, considerándose potencial víctima, recurrir a la justicia para evitar un daño que pudiera sufrir.

Por otro lado, la denuncia de daño temido es una cuestión facultativa para A; éste puede no efectuarla y permitir la continuidad de la construcción, y así la causación del daño. Incluso el Estado no podría intervenir en esta cuestión supliendo la voluntad de A <sup>66</sup>.

De lo expuesto, debemos concluir que el derecho, en nuestro ejemplo, se encuentra protegido por una regla de propiedad, que es justamente la que habilita la protección anticipada del derecho.

Un clásico ejemplo del funcionamiento de las normas de responsabilidad se da en los casos de los accidentes de tránsito. En estos casos, el riesgo es patente, tanto para conductores como para peatones, pero el potencial dañador es indeterminable, tanto cuantitativamente como cualitativamente (quién o quiénes serán dañados, cuándo y cuál será el costo de dichos daños). De esto se deriva que las negociaciones para las partes, que consistirían en comprar mediante transacciones voluntarias el derecho a dañar por parte de los conductores, tendrían costos de transacción prohibitivos y, por ende, devendrían imposibles. Ésta es la razón que justifica que el derecho de los peatones esté protegido por reglas de responsabilidad y no de propiedad.

En nuestro caso, es claro que B es el único potencial dañador y que A es la potencial víctima. Asimismo, la evaluación del daño por ambas partes puede resultar relativamente sencilla, y las partes cuentan con el “período de riesgo”

<sup>65</sup> Si bien a los efectos didácticos la clasificación de Calabresi y Relamed es útil, se entiende que los derechos están protegidos muchas veces por reglas mixtas, que contienen previsiones propias de reglas de responsabilidad y propiedad, por ejemplo.

<sup>66</sup> Una cuestión que no es resaltada por Calabresi, pero que surge de su exposición, es que en los casos de reglas de inalienabilidad, el Estado no sólo interviene limitando la disponibilidad del derecho, sino que cuando corra riesgo de ser vulnerado, el Estado tiene la facultad de actuar incluso prescindiendo de la voluntad del potencial damnificado. Por ejemplo, en el caso de los menores, el Ministerio Público puede solicitar a la justicia que intervenga ante un eventual riesgo respecto de un menor, incluso cuando este riesgo haya sido asumido voluntariamente por el menor.

para intentar solucionar la cuestión. Esto es lo que justifica que el derecho de A esté protegido por una regla de propiedad.

Si bien la norma señalada pareciera tener como único objetivo que el daño no se produzca, un análisis descriptivo señala que ello es sólo una posibilidad de muchas otras que se provocan al momento de efectuarse la denuncia.

Dado que el derecho de A se encuentra protegido por una regla de propiedad, y que el potencial dañador está identificado, las partes se encuentran incentivadas por la facultad que otorga dicha norma a negociar la causación o no del daño.

Siguiendo los parámetros del caso “Sturgess v. Bridgeman”<sup>67</sup>, diremos que el resultado de las negociaciones no dependerá de la procedencia o no de la denuncia, sino de la negociación de las partes, la cual podrá llegar incluso a que A consienta los posibles daños.

Es decir, pese a existir una norma que tiende a la prevención de los daños, ésta incentiva, en primer lugar, la negociación de las partes. El hecho de que “acuerden” o no dependerá del beneficio que le ocasiona a B la construcción frente al perjuicio que sufre A; si el primero es mayor, B podrá “comprar” el perjuicio de A y continuar con la construcción<sup>68</sup>. Por lo tanto, pareciera que la norma tiende también a proveer a la distribución eficiente del daño y, por lo tanto, maximizar las ganancias de la sociedad, objetivos que se enlazan claramente con la eficiencia económica.

Tanto en el caso de que la obra sea paralizada como en el caso de que, deducida la denuncia, las partes lleguen a un acuerdo (que implique el aseguramiento en la no causación del daño temido mediante obras adicionales, por el pago de una suma de dinero, etc.), el derecho quedará en manos de quien más lo valora<sup>69</sup>, lo cual garantiza la eficiencia.

#### **4. Los costos terciarios y la previsibilidad del derecho judicial de daños**

Respecto de la disminución de los “costos terciarios” de Calabresi, el derecho de daños tiene (o debería tener) en dicha cuestión uno de los objetivos primordiales<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Es un caso de similares características, utilizado por COASE, R. H., “The problem of social cost”, cit.

<sup>68</sup> De allí que, siguiendo a Coase, la solución del problema no dependerá de lo que establezca la ley (en este caso, una norma tendiente a la prevención) ni de lo que decidan los jueces, sino de los beneficios y costos asociados a las diferentes alternativas a discutirse en la negociación. Ver BEYER, H., “Ronald H. Coase...”, cit., ps. 7/9. Hay que tener en cuenta que la teorización de Coase parte de la condición de ausencia o de bajos costos de transacción.

<sup>69</sup> Como se dijo en la nota 52, según el análisis económico del derecho, la eficiencia se logra cuando los bienes quedan en manos de quienes más lo valoran y pueden pagar por él. Si, en efecto, B no alcanza a pagar el precio en que A valora su derecho, y la transacción no se hace —paralizándose la obra a consecuencia de la denuncia—, el bien habrá quedado en cabeza de quien más lo valora, A. En cambio, si hay un acuerdo, será porque B está dispuesto a pagar más del monto en el que A valora su derecho, razón por la cual el derecho quedará en manos de quien más lo valoró, B.

<sup>70</sup> Los costos terciarios son los costos que derivan de organizar un sistema de imposición de los

La normativa del derecho de daños, como ya comentamos, predetermina a los responsables de la causación de las distintas hipótesis de daños, fijando su obligación de compensar y el alcance de ésta. Así, teóricamente, causante y víctima saben, una vez producido el siniestro, quién es el responsable, y de alguna forma el alcance de esa responsabilidad. Por lo tanto, generado el conflicto, ambos influirán en la decisión del método de solución que se aplicará, esto es, llegar a un acuerdo o someter el caso a la decisión de un juez. Es evidente que, en materia de costos terciarios, el derecho de daños debería incentivar a que los individuos lleguen a arreglos extrajudiciales en la mayor cantidad de casos, dado que ello disminuiría el costo colectivo de administrar un sistema estatal encargado de imponer coactivamente los costos de los accidentes a los responsables.

En principio, y volviendo al análisis descriptivo, los individuos cuentan con varios incentivos para encontrar soluciones extrajudiciales a sus conflictos. Los costos que implica iniciar un proceso de reclamo indemnizatorio, el tiempo de duración, la incertidumbre que implica todo proceso, entre otros, deberían inducir a los individuos a optar por la celeridad, el ahorro de costos y la certidumbre que brindan los acuerdos extrajudiciales.

Pero lo más trascendente en este punto es que las reglas de responsabilidad —en cuanto a su determinación y alcance— se encuentren bien definidas, lo que provoca que las partes puedan saber, al momento de sentarse a negociar, cuál sería el resultado de un hipotético juicio, para poder así valorar correctamente las diversas ofertas de arreglo.

“La pluralidad de derechos aplicables y de jurisdicciones competentes y la variabilidad de las indemnizaciones concedidas o convalidadas en casos similares dificulta que las partes puedan valorar la ganancia o pérdida esperada y los riesgos asociados a un litigio. Desaparece el marco de referencia de la transacción: cuánto ganaré (o perderé) si rechazo ahora la oferta de acuerdo que ha formulado la contraparte. La tendencia es, por lo tanto, a sobrevalorar las posibilidades del pleito en detrimento del acuerdo privado. El derecho de daños es, sobre todo y en el ordenamiento jurídico español, un derecho judicial: construido por las decisiones de los jueces y tribunales. Con todo, se echa todavía de menos un grado de definición jurisprudencial que permita al justiciable prever razonablemente las consecuencias legales de sus actos y que facilite el acceso al procedimiento más efectivo, esto es, aquel que proporcione más tutela,

---

costos a los individuos (primarios y secundarios). De allí que podríamos hablar de los costos terciarios individuales, por ejemplo los gastos que la víctima debe afrontar para reclamar judicialmente la indemnización, el tiempo perdido en las negociaciones extrajudiciales, el dinero que debe relegar a afectos de llegar a un acuerdo con el agente dañador, etc., y los costos colectivos, que están constituidos principalmente por los gastos que conlleva hacer funcionar el sistema de administración de justicia y derivados.

más disuasión de daños futuros, que suponga menos conflictividad potencial y que requiera menos costes de gestión”<sup>71</sup>.

Lo comentado por estos autores españoles es plenamente aplicable en la Argentina, donde muchas veces pareciera que la indemnización de las víctimas reclamantes quedara a merced de una suerte de “lotería forense”.

Esta indeterminación de las soluciones jurisprudenciales o, dicho de otra forma, del “derecho judicial de daños” provoca un aumento de los costos de transacción de las partes, y a consecuencia de ello hace muy difícil que puedan llegar a un arreglo, razón por la cual se ven incentivadas justamente a lo contrario.

Siguiendo a Coase<sup>72</sup>, y en un análisis positivo del derecho de daños, es decir, evaluando la bondad del sistema en cuanto al cumplimiento de su objetivo de minimizar los costos terciarios de los accidentes, debemos decir que es necesario tanto que los derechos de propiedad y las reglas de responsabilidad se encuentren bien definidas por el ordenamiento como la coherencia y la previsibilidad de las decisiones de los jueces. Ello porque éstas dos cuestiones hacen a la disminución de los costos de transacción<sup>73</sup>, y cuando estos costos de negociar extrajudicialmente los daños sean bajos, la gente no sólo tendería sólo a dañar eficientemente, puesto que podrían predeterminedar con mucha precisión el costo de las indemnizaciones a las que se harían pasibles, sino que los individuos tendrían incentivos suficientes para no litigar en el reclamo de sus indemnizaciones cuando ello no fuere necesario, provocando una disminución de los costos terciarios colectivos.

No debe perderse de vista que el incremento de los costos de transacción, sumado a los altos costos terciarios, puede provocar un fuerte perjuicio al objetivo de minimizar los costos primarios. Existen actualmente muchos litigios emprendidos por sumas siderales, por los cuales realmente se podrían haber acordado por cifras mucho menores aunque razonables; si a ello le sumamos el transcurso del tiempo y la acumulación de intereses, es probable que al momento de querer el actor cobrar su sentencia favorable, el demandado no se encuentre en condiciones de abonar el monto de la sentencia, aunque sí hubiese podido

<sup>71</sup> CODERCH, Pablo S. - GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “El derecho de daños...”, cit., cap. 1.5.

<sup>72</sup> COASE, R. H., “The problem of social cost”, cit.

<sup>73</sup> En el sentido de que será mucho más sencillo cuando ambas partes tengan una estimación del daño resarcible lo más parecida posible. Supongamos que la víctima, tomando en cuenta los antecedentes jurisprudenciales y la normativa aplicable, considera que lo que obtendrá en sede judicial por los daños sufridos y resarcibles serán \$ 100. Si el causante del daño tiene la misma estimación, o similar —supongamos \$ 90—, las posibilidades de llegar a un acuerdo son sencillas, porque el costo de ponerse de acuerdo en una diferencia de ese calibre es relativamente bajo, bastando probablemente con una reunión de partes. Pero si la víctima, analizando la jurisprudencia, ve que los jueces otorgan por el daño sufrido indemnizaciones que van desde los \$ 100 hasta los \$ 2500, pretenderá esta última cifra; por el contrario, el causante intentará una oferta lo más cercana posible a los \$ 100. En este caso, los costos de transacción serán tan altos que muy probablemente no se llegue a un acuerdo.

hacerlo si se hubiere encontrado posibilitado de cumplir con un acuerdo extrajudicial razonable, celebrado antes del juicio.

Como vemos, el derecho de daños debería intentar reducir tanto los gastos de administración de justicia como los gastos particulares que se le generan al reclamante de daños en sede judicial, los cuales son sensiblemente menores en los casos de arreglos extrajudiciales.

## 5. El incentivo de las conductas socialmente eficientes

Otra cuestión que no puede dejar de valorarse es el incentivo positivo que el derecho de daños genera sobre las potenciales víctimas a la realización de actividades que representen algún nivel razonable de riesgo, o simplemente respecto de aquellas personas marcadamente aversas al riesgo.

Es sabido que, más allá de que la aversión al riesgo de una persona debería depender de un cálculo probabilístico respecto de cada riesgo en particular, lo cierto es que las personas suelen ser aversas al riesgo. En este sentido, en la medida en que el derecho de daños asigna *ex ante* la responsabilidad sobre los daños causados, las potenciales víctimas se sienten incentivadas a realizar actividades beneficiosas a nivel social, que en sí implican asumir cierto riesgo, a sabiendas de que, en caso de ser dañadas, serán compensadas debidamente por ello.

Por ejemplo, si existe una norma que contempla la responsabilidad por vicios redhibitorios, el comprador de una casa se sentirá incentivado a adquirir dichos bienes, sabiendo que el ordenamiento legal tiene señalado al vendedor como el responsable de los costos en caso de que ellos aparezcan; situación que, como hemos visto, incentiva también al propietario a hacer todo lo posible para garantizar que ellos no ocurrirán.

Una posible crítica a este razonamiento sería la siguiente: Si, por ejemplo, no existiese norma de responsabilidad que determine la obligación de reparar por vicios redhibitorios, esto repercutiría razonablemente en la apreciación de las partes respecto del valor del bien que se transmite, una casa en nuestro caso. Si existe una norma de responsabilidad el vendedor valora la casa en \$ 10 y el comprador en \$ 11, habrá transacción, y ello será eficiente, dado que el bien quedará en manos de quien más lo valoró. Pero en ausencia de dicha norma, el comprador disminuirá su valoración, puesto que debe hacerse cargo de los potenciales “defectos” de la casa, y supongamos que la valora en \$ 6. Por otro lado, el vendedor, sabiendo que sin dicha norma se exime del riesgo de afrontar los daños por vicios redhibitorios, al eximirse de dicho costo, valora la casa en \$ 7. En este caso, como la ausencia de la norma repercute en la valoración de ambos, si el comprador no está dispuesto a pagar \$ 7, no podrá comprar la casa, de forma que ésta no será vendida; pero ello no afecta la eficiencia, dado que la casa quedó en manos de quien más la valoraba, el vendedor.

Ello es cierto, pero el problema que se plantea es previo. Justamente al tratarse de vicios “ocultos”, la predeterminación de éstos es muy difícil para ambos, aunque más para el comprador que carece de gran parte de la información sobre el uso de la casa que sí tiene el comprador. Por lo tanto, esta cuestión afecta terminantemente la evaluación que puede hacer el comprador y puede terminar provocando que, a consecuencia de ello, se frustre una transacción que, si existiera buena información, sí se hubiese realizado, lo que sí afecta la eficiencia. La menor valoración que el comprador puede hacer de una casa sin responsabilidad por vicios por parte del vendedor dependerá en gran parte del conocimiento de dichos vicios.

O incluso este problema de información respecto de los vicios puede constituirse en un costo de transacción prohibitivo, si justamente el costo de conocerlos es demasiado alto.

Por ello, la existencia de dicha norma no sólo elimina estos problemas de información, sino que quita de la negociación la predeterminación de los costos de los posibles defectos, facilitando la concreción de la transacción.

## V. CONCLUSIONES

Luego del análisis efectuado en los apartados anteriores respecto de algunos de los aspectos más relevantes de la responsabilidad civil, creo que es forzado sostener que nuestro derecho de daños posee exclusivamente una orientación resarcitoria. Si bien la ley 17.711 ha sido una reforma que ha calado profundamente en la estructura del Código Civil, sólo ha sido una reforma parcial que ha dejado subsistentes innumerables cuestiones que deberían hacernos pensar que el sistema no ha cambiado completamente. Numerosos institutos demuestran que al momento de definir cuestiones tan trascendentes como la existencia de responsabilidad del sujeto o el alcance de la obligación resarcitoria, el sistema toma como criterio la reprochabilidad de la conducta del agente y no el daño causado injustamente.

De ello no debe colegirse que el derecho de daños es un sistema sancionatorio, sino que el objetivo sanción sigue estando latente en nuestro ordenamiento, y tal vez de una forma más decisiva de la que podríamos considerar *a priori*, sobre todo teniendo en cuenta la moderna doctrina que prácticamente se ha encargado de desacreditar la influencia de la faz sancionatoria.

Respecto de la segunda cuestión planteada, debemos desdoblar la conclusión. Desde el punto de vista del análisis descriptivo de la normativa del derecho de daños, es evidente que, más allá de conseguirse el mantenimiento de la asignación inicial de recursos mediante el mecanismo indemnizatorio, como resultado de esta normativa se producen un cúmulo de consecuencias, más allá de que hayan sido o no trazadas como “objetivos” por sus formuladores.

Minimización de costos, eficiencia en la causación de daños, incentivo de las transacciones socialmente beneficiosas, entre otras son consecuencias que, debido a las cuales las normas del derecho de daños constituyen un sistema de incentivos, son provocadas por dicha normativa; y en este sentido creo que las consideraciones volcadas en este trabajo parecieran demostrarlo.

Ahora bien, la segunda cuestión pasa por establecer si se trata de “consecuencias no buscadas” o si, por el contrario, deben ser consideradas como “objetivos” del derecho de daños.

Existe consenso doctrinario en nuestro país en que los objetivos del derecho de daños, en su actualidad, son al menos la reparación y la prevención del daño; aunque creo que no se ha planteado seriamente en el país si el derecho de daños debe tener como objetivo la eficiencia económica. Más allá de ello, de si está trazado como objetivo, está claro que nuestra normativa, tal como está diseñada, tiende a ello.

Incluso el objetivo “prevención” pareciera desdibujarse si se lo asocia con la eficiencia económica, tal como he intentado en el ap. IV.3.

Pese a no estar así planteado, en nuestro medio suele discutirse mucho acerca de que el derecho de daños debe tender a la tarificación de la indemnización, y así a la reducción de los costos terciarios, tanto colectivos como particulares.

Pero lo importante en todo esto, luego de definir seriamente cuáles son los objetivos que se quieren alcanzar, es ser coherente en la formulación de las normas. En este sentido, es de fundamental importancia analizar cada norma profundamente, y ver a qué fin realmente propende y los diversos incentivos y contraincentivos que genera.

Y por último, totalmente relacionado con lo anterior, es necesario entender que dado que se encuentran con varios objetivos disímiles al mismo tiempo, las normas que se utilicen para alcanzar uno casi inexorablemente afectarán de alguna forma algún otro objetivo planteado.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGOGLIA, M. M. - BORAGINA, J. C. - MEZA, J. A., *Responsabilidad contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
- ALTERINI, A. A., “Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad”, *LyE*, nro. 72-73-74.
- ALTERINI, A. A. - AMEAL, O. J. - LÓPEZ CABANA, R. M., *Curso de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.
- ALTERINI, J. H. y otros, *Derecho de daños*, Colección, La Rocca, Buenos Aires, 2000.
- BEYER, H., “Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho”, *Revista Estudios Públicos*, nro. 45, 1992.
- CALABRESI, G., *The cost of accidents. A legal and economic analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970; Ariel, Barcelona, 1984.
- “Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.”, *University of Chicago Law Review*, nro. 69, 1976.

- CALABRESI, G. - DOUGLAS MELAMED, A., "Property rule, liability rules and inalienability: one view of the cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, nro. 6, 1972, traducción al castellano por *Revista Estudios Públicos*, nro. 63, 1996.
- COASE, R. H., "The problem of social cost", *Journal of Law and Economics*, vol. III, 1960, traducción al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 45, 1992.
- CODERCH, Pablo S. - FERNÁNDEZ CRENDE, A., "Causalidad y responsabilidad", Barcelona, *Revista jurídica on line "Indret"*, 2006, art. 329, [http://www.indret.com/pdf/329\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf).
- CODERCH, Pablo S. - GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, "El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes", Barcelona, *Revista jurídica on line "Indret"*, art. 275, 2005, [http://www.indret.com/pdf/275\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/275_es.pdf).
- COLOMA, G., *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.
- DWORKIN, R., "Is wealth a value?", trad. al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 69, 1998.
- "Why Efficiency", *Hofstra Law Review*, nro. 8, 1980, ps. 563/590.
- HOBBSAWM, E., *Industria e imperio*, Ariel, Barcelona, 1999.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., "La evolución de la responsabilidad civil. De una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización", *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, Paris, I. 1, 1987; *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999.
- LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
- ORGAZ, A., *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 1992.
- POSNER, R., *Economic analysis of law*, Little Brown, 1997.
- "Utilitarianism, economics, and legal theory", *Journal of Legal Studies*, VIII (1), 1979, trad. al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 69, 1998.
- ROSENKRANTZ, C. F., "Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual", *LyE*, nro. 67/68, 1997, Dossier de Filosofía del Derecho.
- TUNC, A., "La responsabilité civile", *Collection de Etudes Juridiques Comparatives*, Économica, Paris, 1981.